genöthigt sehen, stets zwischen den Begriffen von Rechtsfähigkeit und erworbenen Rechten zu schwanken, um, unter Voraussetzung der minima c. d. als familiae mutatio, dennoch die drey Stufen der c. d. als Arten einer gemeinsamen Gattung behandeln zu können.

XV.

III. Ein dritter Grund gegen Paulus liegt in der völlig schwankenden Art, in welcher er selbst über manche einzelne Anwendungen sich erklärt. Dahin gehört folgende Stelle, auf welche stets von allen Seiten großes Gewicht gelegt worden ist.

L. 3 *pr.* § 1 *de cap. min.* (4. 5.). Liberos, qui adrogatum parentem sequuntur, *placet minui caput* (al. *capite*), cum in aliena potestate sint, et cum familiam mutaverint. — Emancipato filio, et ceteris personis, *capitis minutio manifesto accidit:* cum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus. Aliter atque cum servus manumittitur etc. (s. o. Num. XIII.).

Er stellt hier zwey Fälle zusammen, für welche er eine c. d. behauptet: bey den Kindern eines Arrogirten, und bey dem Emancipirten. Für den ersten Fall sagt er placet, für den zweyten manifesto accidit. Nun ist zwar im Allgemeinen auf die Ausdrücke, worin die alten Juristen ihre Behauptungen einzukleiden pflegen, nicht allzu viel Gewicht zu legen, und gewiß steht in vielen Stellen pla-

cet, worin doch eine unbedingte Gewißheit gemeynt ist. Anders verhält es sich hier, wo dicht neben einander zwey so verschiedene Ausdrücke recht absichtlich gewählt zu seyn scheinen, um einen verschiedenen Grad der Sicherheit beider Behauptungen zu bezeichnen. Diese an sich so natürliche Erklärung wird aber noch dadurch bestärkt, daß Paulus für beide Fälle ganz verschiedene Gründe angiebt, anstatt daß die einfache Berufung auf die familiae mutatio für beide Fälle völlig genügt haben würde, wenn diese als das eigentliche Wesen der minima c. d. unbedenklich und allgemein anerkannt gewesen wäre. Für den ersten Fall giebt er nun allerdings die familiae mutatio als Grund an, aber sie allein ist ihm nicht sicher genug, und er findet es nöthig, sie durch einen zweyten Grund zu unterstützen, welcher seltsamerweise so lautet: cum in aliena potestate sint. Unstreitig sind die Kinder des Arrogirten vor und nach der Arrogation in fremder Gewalt: aber eben weil sich dieser ihr Zustand gar nicht verändert, ist es kaum begreiflich, wie man diese unveränderte Dauer eines Zustandes als einen Beweis für die Capitis deminutio ausgeben kann, deren eigentliches Wesen doch nur in der Veränderung des bisherigen Zustandes besteht. Indem er nun zu dem Fall des Emancipirten übergeht, sieht man deutlich, wie vergnügt er ist, hier die mißlichen Beweisgründe des ersten Falles entbehren zu können: er erwähnt sie auch gar nicht wieder, sondern beruft sich nun auf den Durchgang durch die imaginaria servilis

causa (a), indem er hinzufügt, wegen dieſes Grundes ſey die c. d. ganz offenbar (manifesto accidit). — Dieſe auffallende Verſchiedenheit des Ausdrucks und der Gründe macht es wahrſcheinlich, daß Paulus jenem althiſtoriſchen Begriff eine praktiſche Seite abzugewinnen ſuchte vermittelſt eines hypothetiſch aufgeſtellten Grundes der minima c. d., welchem er ſelbſt jedoch nicht allzu ſicher zu vertrauen wagte. Beſtimmtere Gründe für dieſe Annahme werden erſt weiter unten angegeben werden können (b).

IV. Ein vierter Grund endlich gegen die Erklärung des Paulus liegt in manchen einzelnen Anwendungen, die nach jener Erklärung als Fälle der minima c. d. betrachtet werden müßten, während wir aus anderen vollgültigen Zeugniſſen beweiſen können, daß in ihnen eine c. d. durchaus nicht angenommen wurde. Solche Anwendungen ſind entſcheidender, als die bisher angeſtellten allgemeinen Betrachtungen. Um die Sache klar zu machen, werde ich eine Überſicht von allen bekannten Fällen der minima c. d. geben.

(a) Es iſt wohl möglich, daß Paulus geſchrieben hat: nisi in mancipii causam deductus, und daß die Compilatoren die Erwähnung des veralteten Rechtsinſtituts durch umſchreibende Ausdrücke zu umgehen ſuchten.

(b) Die ſchwankende Erklärung des Paulus iſt auch ſchon von Anderen bemerkt worden. Sehr gezwungen erklärt dieſelbe Schel-tinga bey Fellenberg jurispr. antiqua T. 2 p. 519 durch folgende nicht glückliche Hypotheſe. Die alten Juriſten ſeyen im Streit geweſen, ob die status mutatio bey der c. d. gerade in deterius ſeyn müſſe. Erſt durch fori disputatio ſey dieſe Frage verneint worden, und daher das Schwanken.

XVI.

A. Die Arrogation ist für den Arrogirten eine c. d., und zwar nach beiden Meynungen; denn er verliert die Rechtsfähigkeit eines Unabhängigen, und er tritt zugleich aus seiner angebornen Agnation heraus.

B. Die Kinder des Arrogirten erleiden eine c. d. nach der Meynung des Paulus, indem sie aus ihrer Agnation austreten: nicht nach der entgegengesetzten Meynung, indem ihre Rechtsfähigkeit unverändert bleibt (a). Hier zeigt sich also eine praktische Differenz beider Meynungen (b).

(a) Einige neuere Schriftsteller, welche die Erklärung der minima c. d. als einer familiae mutatio verwerfen, suchen dennoch die einzelne, von Paulus daraus abgeleitete, Anwendung auf die Kinder des Arrogirten aus anderen Gründen zu rechtfertigen. So z. B. Seckendorf de cap. dem. minima § 15, welcher dem Enkel ein minus caput in Vergleichung mit dem Sohn zuschreibt, da doch ihr gegenwärtiger Rechtszustand völlig gleich ist. Eben so Deiters de civili cognatione p. 41, nach welchem der Enkel ein caput impeditum haben soll, weil er um einen Grad weiter von der Unabhängigkeit entfernt sey; allein dieses betrifft ja nicht den gegenwärtigen Zustand, sondern nur die Aussicht auf die Zukunft, nämlich auf die künftige Unabhängigkeit: auch diese Aussicht ist für das Kind des Arrogirten durch die Arrogation nur möglicherweise zurückgeschoben, ja nicht einmal wahrscheinlicherweise, da im gewöhnlichen Lauf der Natur der Arrogator vor dem Arrogirten sterben wird.

(b) Diese praktische Differenz äußert sich jedoch auch nur auf beschränkte Weise. Denn daß die angeborne Agnation für die Kinder des Arrogirten aufhört, wird auch von unsrem Standpunkt aus zugegeben, nur aus einem andern Grunde, nämlich weil jede Agnation nur von dem Vater abgeleitet werden kann, so daß die Kinder stets dieselbe Agnation haben müssen wie der Vater; als praktische Streitfragen blieben also noch etwa diese übrig, ob für die Kinder des Arrogirten die Schulden und die persönlichen Servituten untergiengen, was allerdings behauptet oder verneint werden muß, je nachdem man ihnen eine erlittene Capitis deminutio zuschreibt oder nicht.

Zu einer ſicheren Entſcheidung führt dieſer Fall nicht, weil denſelben kein anderer alter Juriſt als Paulus erwähnt, ſeine eigene Meynung aber von ihm ſelbſt auf ſo unſichere Weiſe begründet wird (Num. XV.).

C. Die causae probationes des älteren, und die Legitimationen des neueren Rechts führen nach beiden Meynungen jedesmal eine c. d. mit ſich, da durch ſie ſtets ein Unabhängiger in einen Abhängigen verwandelt, und zugleich eine neue Agnatenverbindung gegründet wird. Dieſe Fälle ſtehen alſo mit dem Fall der Arrogation (lit. A.) vollkommen auf gleicher Linie.

D. Die an einem Kind in väterlicher Gewalt oder an einer Frau in manu vorgenommene Mancipation enthält nach beiden Meynungen ſtets eine minima c. d. für die mancipirte Perſon (c); nach unſrer Meynung, weil dadurch immer eine Degradation zu der mancipii causa, alſo zu einer tiefer ſtehenden Art der Familienabhängigkeit, bewirkt wird: nach der entgegengeſetzten Meynung, weil dadurch die bisherige Agnation aufgehoben wird. Wenn dagegen der Käufer die ihm ſo mancipirte Perſon weiter mancipirt, ſo entſteht dadurch ſicher keine neue c. d., da hierdurch weder eine fernere Degradation bewirkt, noch irgend eine Agnation aufgehoben wird.

E. Die Emancipation, das heißt die Entlaſſung eines Kindes aus väterlicher Gewalt. Daß dieſe in der That

(c) Gajus I. § 117 — 118a § 162. Ulpian. XI. § 5. Vergl. auch oben § 67.

eine c. d. (und zwar eine minima) war, gehört nach alten Zeugniſſen unter die gewiſſeſten Thatſachen in dieſer ganzen Lehre, ſo daß es nach beiden Meynungen nicht bezweifelt werden darf, ſondern aus jeder derſelben erklärt werden muß, wenn ſie dadurch nicht widerlegt werden ſoll. Cicero, indem er die c. d. als ein Hinderniß der Gentilität angiebt, denkt wahrſcheinlich blos an die in der Emancipation liegende c. d. (§ 69. n). Aus welchem Grund aber iſt ſie ſo zu betrachten?

Nach unſrer Meynung deswegen, weil zur Form der Emancipation eine vorübergehende Degradation zu der mancipii causa unentbehrlich war (d). So lange nun die Eigenthümlichkeit der mancipii causa, und ihre weſentliche Verſchiedenheit von der Servitus, noch nicht durch Gajus bekannt geworden war, konnten unſre Schriftſteller wohl zweifeln, ob nicht die Emancipation vielmehr eine maxima als minima c. d. enthalte (e); durch Gajus iſt hierüber jeder Zweifel verſchwunden (f).

Nach der conſequent durchgeführten Meynung des Paulus war es deswegen eine c. d., weil dadurch der Emancipirte aus der angebornen Agnatenfamilie heraus trat.

Merkwürdig ſind hierüber folgende Äußerungen unſrer Quellen. Die Juſtinianiſchen Inſtitutionen, in der oben (Num. XII.) mitgetheilten Stelle, wollen die veraltete man-

(d) Gajus I. § 132. Ulpian. X. § 1.

(e) Heineccius antiqnit. I. 16

§ 12 und die daſelbſt citirten Schriftſteller.

(f) Gajus I. § 162.

cipii causa nicht erwähnen, und geben daher die bloße Veränderung, nämlich hier die Befreyung aus der potestas (also eine Verbesserung des Zustandes) als Erklärungsgrund der c. d. an; dadurch sind sie genöthigt zu dem auffallenden Geständniß, auch die Manumission des Sklaven könne eigentlich als eine c. d. angesehen werden, und es geschehe nur deswegen nicht, weil er vor der Freylassung überhaupt gar kein caput gehabt habe.

Paulus, in der gleichfalls oben (Num. XV.) mitgetheilten Stelle, bezeichnet als Erklärungsgrund der c. d. nicht, wie nach seiner Hauptansicht zu erwarten war, die familiae mutatio, sondern inconsequenterweise die imaginaria servilis causa, also den wahren Grund.

Die schwierigste Stelle endlich ist die des Gajus, theils durch den nicht ganz deutlichen Ausdruck, theils durch eine Lücke im Text.

Gajus I. § 162. Minima (capitis) deminutio est .... et in his, qui mancipio dantur, quique ex mancipio manumittuntur; adeo quidem, ut quotiens quisque mancipetur, a — tur, totiens capite diminuatur.

Diese Stelle hat man wohl so verstanden, als ob nicht nur jede einzelne Mancipation, sondern auch jede Manumission, wieder eine besondere c. d. enthielte, welcher letzten Behauptung es doch an aller begreiflichen Rechtfertigung fehlen würde. Die Zweydeutigkeit liegt in dem Wort quique, welches man allerdings so verstehen kann, wie wenn es hieße: et in his, qui ex mancipio manumittun-

tur, ſo daß es neue Fälle bezeichnen würde. Jedoch iſt dieſe Deutung keinesweges nöthig, das quique kann eben ſowohl unter dem vorhergehenden in his ſtehen, dann heißt es eben ſo viel als ein bloßes et, und enthält blos eine nähere Beſtimmung des vorher ſchon erwähnten Falles. Nach dieſen beiden Erklärungen muß ſich zugleich auch die Ausfüllung der folgenden Lücke richten. Der Herausgeber hat geſetzt: *aut* manumittatur, wodurch wieder die Manumiſſion zu einem neuen Fall der c. d. gemacht wird. Es iſt aber vielmehr zu leſen: *ac* (oder atq) manumittatur (g), welche Ergänzung die Manumiſſion auch hier wieder mit der Mancipation zu einem und demſelben Fall der c. d. verbindet. Die ganze Stelle hat nämlich folgenden Sinn. Gajus wollte den Begriff der c. d. durch Beyſpiele erläutern. Dazu wählte er unter andern einen Theil der Emancipationsformen, deren vollſtändige Darſtellung hier ganz außer ſeinem Zweck lag. Er will nun ſagen:

Eine minima c. d. liegt unter andern in jeder der bey der Kinderentlaſſung gebräuchlichen Mancipationen, worauf jedesmal eine Manumiſſion folgt (das ſind gerade die beiden erſten); ſo daß in jeder dieſer beiden, auf eine Manumiſſion führenden, Mancipationen eine beſondere minima c. d. liegt.

Er hätte nun auch noch die dritte Mancipation neu-

(g) Dieſe Ergänzung iſt bereits vorgeſchlagen von Deiters de civili cognatione p. 41.42, und gebilligt von Huſchke Studien B. 1 S. 222. — Gegen dieſe ganze Anſicht ſpricht ſich aus, Schilling Inſtitutionen B. 2 § 32. Note 3.

nen können, die gewiß ebenfalls eine c. d. enthielt, nur nicht die vierte (die remancipatio), worin keine neue Degradation lag (ſ. o. lit. D.). Um aber weder ohne Noth weitläufig zu werden, noch durch Kürze hierin ein Misverſtändniß zu veranlaſſen, begnügte er ſich mit der Erwähnung der beiden erſten Mancipationen, die zu ſeinem Zweck völlig hinreichten, und zu deren unzweydeutiger Bezeichnung gebrauchte er die mit denſelben jedesmal verbundenen Manumiſſionen.

Iſt nun aber die Emancipation auch noch im neueſten Recht als eine c. d. anzuſehen? Schon zur Zeit der Abfaſſung der Inſtitutionen und Digeſten waren die alten Mancipationen längſt verſchwunden, und die nunmehr üblichen Formen enthielten durchaus Nichts mehr, was als Degradation des Kindes angeſehen werden konnte. Zwey Rückſichten konnten damals den Geſetzgeber beſtimmen, die alte Behandlung der Emancipation als einer c. d. beyzubehalten: das Patronatsrecht des Vaters, und die Zerſtörung der Agnation. Allein dieſe letzte hat er ſelbſt, ſchon durch frühere Geſetze, bey der Emancipation aufgehoben (§ 69): ſonach bliebe nur noch das Patronatsrecht übrig. Dieſes aber iſt eigentlich gar nicht Folge und Kennzeichen der c. d., und überdem iſt es durch die neueſte Geſetzgebung von Juſtinian ganz weggefallen. Vollends in unſrem heutigen Recht ſcheint es ganz inconſequent, die Emancipation noch als c. d. anſehen zu wollen.

F. Die Adoption im engern Sinn macht keine Schwie-

rigkeit, da ſie ganz dieſelbe Natur hat, wie die Emancipation. Denn auch ſie war mit Degradationen zu der mancipii causa verbunden (h), und auch ſie bewirkte unſtreitig eine Zerſtörung der angebornen Agnation. Im Juſtinianiſchen Recht könnte ſie höchſtens noch in dem beſonderen Fall als c. d. gelten, wenn der Adoptivvater zugleich ein natürlicher Aſcendent iſt, indem hier die angeborne Agnation allerdings verloren geht. Allein, nach der bisher entwickelten richtigen Anſicht, iſt dieſer Umſtand allein überhaupt kein Grund, eine c. d. anzunehmen.

XVII.

G. In manum conventio.

War die Frau vor dieſer Handlung sui juris, ſo war die in manum conventio unſtreitig eine capitis deminutio, und zwar nach beiden Meynungen. Denn eine ſolche Frau verminderte ihre Rechtsfähigkeit, und ſie trat aus der angebornen Familie in die des Mannes über (a); dabey machte es auch keinen Unterſchied, ob die in manum conventio durch confarreatio, coëmtio, oder usus entſtanden war.

Anders bey einer Frau, die aus der väterlichen Gewalt in die manus übertrat. Auch hier mußte nach der Meynung des Paulus eine c. d. angenommen werden, weil unzweifelhaft eine familiae mutatio eintrat. Nach unſrer Meynung dagegen war es keine c. d. Denn eine wirk-

(h) Gajus I. § 134.

(a) Gellius XVIII. 6. Sie wurde Schweſter ihrer eigenen Kinder und ihrer Stiefkinder. Gajus III. § 14.

liche Verminderung der Rechtsfähigkeit trat hier nicht ein, vielmehr stand die Ehefrau in manu zu dem Mann völlig im Verhältniß einer Tochter, hatte also dieselben Rechte wie diese. Aber auch in den Formen, die zur in manum conventio führten, lag nicht etwa, so wie bey der Emancipation und Adoption, eine vorübergehende Degradation. Bey der confarreatio und dem usus ist ohnehin nicht an eine solche zu denken. Bey der coëmtio wäre ein ähnliches Verfahren, wie bey der Adoption, also eine vermittlende mancipii causa, wohl denkbar: allein Gajus, welcher beide Formen beschreibt, erwähnt bey der Adoption diese vermittlende Degradation genau, bey der coëmtio schweigt er davon gänzlich (b).

Hätten wir nun sichere Zeugnisse darüber, ob gerade die coëmtio einer in väterlicher Gewalt stehenden Tochter eine c. d. war oder nicht, so würden dieselben als Momente zur Entscheidung zwischen beiden Meynungen benutzt werden können: die Stellen der Alten aber sind über diesen Punkt sehr unsicher.

Cicero top. C. 4. Si ea mulier testamentum fecit, quae se capite nunquam deminuit, non videtur ex edicto Praetoris secundum eas tabulas possessio dari.

In diesem Satz liegt zugleich der umgekehrte: durch capitis deminutio macht sich eine Frau fähig zum Testiren. Die capitis deminutio ist hier unstreitig, wie es auch Boethius richtig erklärt, die, welche durch in manum con-

(b) Gajus I. § 134 und § 113.

ventio bewirkt wird. Da nun Cicero in jenem Satz nicht zwiſchen abhängigen und unabhängigen Frauen unterſcheidet, ſo ſcheint es, beide konnten auf gleiche Weiſe dieſe Fähigkeit zum Teſtiren erwerben, woraus denn weiter folgen würde (was für unſre Frage wichtig wäre), daß die in manum conventio bey beiden Arten der Frauen den Namen einer capitis deminutio geführt hätte. Allein dieſer ſcheinbare Beweis verſchwindet durch die Vergleichung mit Gajus I. § 115a, welcher weit genauer als Cicero von dieſer Frage handelt. Er belehrt uns dahin, daß nicht die coëmtio allein hinreichte, um das Teſtament möglich zu machen, ſondern daß auch noch eine Remancipation und Manumiſſion hinzukommen mußte. In dieſer mancipii causa nun lag unſtreitig, und nach allen Meynungen, eine capitis deminutio, ſo daß dadurch die angeführte Stelle des Cicero für unſre ſpecielle Frage alle entſcheidende Kraft verliert.

Gajus führt zweymal die coëmtio als Beyſpiel einer capitis deminutio an (I. § 162 und IV. § 38), aber in beiden Stellen nur neben anderen Beyſpielen, und ſo unbeſtimmt, daß daraus nicht zu ſehen iſt, ob er dabey nur an unabhängige, oder auch an abhängige Frauen denkt.

Auf ähnlich unbeſtimmte Weiſe giebt Ulpian XI. § 13 die coëmtio als Beyſpiel der minima c. d. an. Da Dieſes indeſſen auf Veranlaſſung der Rechtsregel geſchieht, nach welcher die geſetzliche Tutel durch jede c. d. zerſtört wird, unter der Tutel aber nur unabhängige Frauen ſte-

hen können, so läßt sich wohl annehmen, daß Ulpian auch nur an die coëmtio unabhängiger Frauen in der Aufstellung jenes Beyspiels gedacht habe.

Sicherer ist eine merkwürdige Stelle des Livius in der Geschichte der Bachanalien. Hier ist die Rede von einer Freygelassenen, die sui juris ist, unter einem Dativtutor steht, und bereits ein Testament gemacht hat (c). Nachdem diese der Republik durch Entdeckung einer ausgedehnten, höchst gefährlichen Verbindung wichtige Dienste geleistet hat, wird sie durch einen Senatsschluß unter andern mit folgenden Privilegien belohnt:

Livius XXXIX. 19. Utique Feceniae Hispalae *datio, deminutio*, gentis enuptio, tutoris optio item esset, quasi ei vir testamento dedisset.

Die Worte datio, deminutio geben so wenig Sinn, daß die Emendation *capitis deminutio* gewiß unbedenklich ist (d), wodurch allein auch ein sichtbarer Parallelismus in den Ausdruck der drey verbundenen Privilegien gebracht werden kann. Dann heißt hier capitis deminutio ohne allen Zweifel das Recht eine coëmtio einzugehen. Da nun hier, wie oben bemerkt, die Frau gewiß suis juris

(c) Livius XXXIX. 9: Quin eo processerat consuetudine capta, ut post patroni mortem, quia in nullius manu erat, tutore a tribunis et praetore petito, quum testamentum faceret, unum Aebutium institueret heredem.

(d) Diese Emendation wird bereits vorgeschlagen von Huschke de privil. Feceniae Hispalae Goett. 1822 p. 25, der indessen bey der Erklärung unnöthige Schwierigkeiten in die Stelle bringt.

war, ſo iſt es in dieſer Stelle noch weniger als in den übrigen zweifelhaft, daß hier nur die coëmtio einer unabhängigen Frau als eine capitis deminutio bezeichnet werden ſoll.

XVIII.

H. Die wichtigſten Fälle endlich für die Feſtſtellung des wahren Begriffs der capitis deminutio überhaupt, und der minima insbeſondere, ſind die Weihen des flamen Dialis und der Veſtaliſchen Jungfrauen.

Von den Veſtalinnen ſagen die alten Juriſten, daß ſie aus der väterlichen Gewalt austreten (a). Allein weit genauere Nachrichten über die bey ihnen eintretende Veränderung des Rechtszuſtandes giebt Gellius I. 12, und zwar aus den Schriften des Labeo und des Capito, alſo nach den vollwichtigſten Autoritäten. An zwey verſchiedenen Stellen jenes Kapitels ſagt er darüber Folgendes:

Virgo autem Vestalis simul est capta ... eo statim tempore sine emancipatione ac sine capitis minutione e patris potestate exit, et jus testamenti faciundi adipiscitur.

Praeterea in commentariis Labeonis quae ad XII. tab. composuit, ita scriptum est: Virgo Vestalis neque heres est cuiquam intestato, neque intestatae quisquam: sed bona ejus in publicum redigi ajunt. Id quo jure fiat, quaeritur.

(a) Gajus I. § 130. Ulpian. X. § 5.

Nach dieſer Stelle ſcheint mir unzweifelhaft, daß die Agnation zwiſchen der Veſtalin und ihren angebornen Verwandten aufgehoben war. Nur hieraus läßt ſich die Aufhebung des wechſelſeitigen Inteſtaterbrechts ungezwungen erklären, da die Veſtalin ſo wenig vermögenslos war, daß ſie ſogar teſtiren konnte; auch hätte ja eine Fortdauer der Agnation, neben dem aufgehobenen Erbrecht, gar keinen praktiſchen Sinn gehabt, da ohnehin die Tutel (als die zweyte praktiſche Folge der Agnation) für die Veſtalinnen gar nicht exiſtirte, und zwar ſchon nach den XII Tafeln(b). Man hat dagegen eingewendet, wenn wirklich die Agnation aufgehoben war, wie konnte dann am Schluß Labeo fragen: id quo jure fiat, quaeritur, indem ihm nun der Grund des aufgehobenen Erbrechts (die aufgehobene Agnation) von ſelbſt einleuchten mußte. Allein dieſe Einwendung ſcheint mir aus mehreren Gründen nicht erheblich. Schon daß dieſe fragenden Worte noch zu denen des Labeo gehören, iſt zwar möglich, aber nicht nothwendig, da ſie eben ſo gut ein Zuſatz von *Gellius* ſeyn können. Hauptſächlich aber giebt dieſe Frage den einfachſten Sinn, wenn man ſie blos auf den unmittelbar vorhergehenden Satz (den Heimfall an den Staatsſchatz) bezieht. Denn darin lag allerdings etwas Singuläres, da nach uraltem Recht (und davon redet offenbar Labeo) das erbloſe Vermögen in allen anderen Fällen vielmehr herrenlos wurde, und erſt die Lex Julia caducaria den Heimfall an den Staat allgemein einführte (c). — Nehmen

(b) Gajus I. § 145.

(c) Cicero de legibus II. 19.

wir nun nach dieſer Stelle an, daß die Veſtalin aus der Agnation austrat, und erwägen wir zugleich, daß ſie nach dem ausdrücklichen Zeugniß keine capitis deminutio erlitt, ſo liegt darin eine unmittelbare Widerlegung der Meynung des Paulus, welche jeden Austritt aus der Agnation für eine capitis deminutio erklärt. Zugleich dient aber dieſe Stelle zu einem vollſtändigen Beweis der von mir behaupteten Unvollſtändigkeit der alten Definition der c. d. als einer Status mutatio. Denn eine Veränderung des Status lag für die Veſtalin allerdings in der verlornen Agnation, ja auch ſchon (wenn man etwa den Verluſt der Agnation nicht zugeben wollte) in der Befreyung von der väterlichen Gewalt; erlitt ſie nun dennoch keine capitis deminutio, ſo muß wohl unter dieſer etwas Anderes zu verſtehen ſeyn, als die bloße Veränderung des Status. So iſt alſo durch dieſes vollgültige alte Zeugniß meine Meynung gegen den Vorwurf geſichert, die Definition der alten Juriſten willkührlich meiſtern zu wollen.

Eine ähnliche, nur weniger vollſtändige Unterſtützung gewährt unſrer Meynung Dasjenige, was über die Weihe des flamen Dialis berichtet wird. Auch dieſer trat aus der väterlichen Gewalt (d), und auch bey ihm war dieſe wichtige Veränderung ſeines Status entſchieden nicht als capitis deminutio anzuſehen (e). Die Parallele wäre voll-

Ulpian. XXVIII. 7. Vgl. Zeitſchrift für geſchichtl. Rechtswiſſenſchaft B. 2 S. 378.

(d) Tacitus ann. IV 16. Gajus I. § 130. Ulpian. X. § 5.

(e) Gajus III. § 114.

kommen, wenn es ſich beweiſen ließe, daß der flamen auch aus der Agnation getreten wäre: wahrſcheinlich iſt dieſes allerdings, nicht blos nach der Analogie der von Gajus und Ulpian mit ihm zuſammengeſtellten Veſtalin, ſondern auch weil es inconſequent geweſen wäre, die väterliche Gewalt aufzuheben, und doch die dadurch vermittelte Agnation fortdauern zu laſſen; auch iſt nicht einzuſehen, in welchem Verhältniß nun der Sohn zum Vater gedacht werden ſollte, denn daß er Dieſem fremder geweſen wäre als den Agnaten, iſt kaum anzunehmen.

Bey dieſer Frage ſteht, eine Controverſe der Alten vorausgeſetzt, die Autorität des Labeo und des Capito höher als die des Paulus: nicht als ob ſie überhaupt ſo viel größere Juriſten geweſen wären, ſondern weil hier von einem ganz alterthümlichen Rechtsinſtitut die Rede iſt, deſſen ächtes und vollſtändiges Daſeyn dem Zeitalter jener Juriſten weit näher ſtand als dem des Paulus. Strenge genommen iſt es aber nicht einmal eine Controverſe im gewöhnlichen Sinn, wie es allerdings wäre, wenn z. B. das Daſeyn der capitis deminutio bey der Veſtalin und dem flamen von Labeo verneint, von Paulus bejaht würde. So war es aber nicht, vielmehr ſcheinen in dieſer Verneinung die Juriſten aller Zeiten, ohne Spur eines Streites, überein zu ſtimmen. So Gajus in Beziehung auf den flamen (Note e); eben ſo aber auch Ulpian in folgender Stelle:

L. 3 § 4 *de Sc. Maced.* (14. 6.). Si a filiofamilias

stipulatus sim, et patrifamilias facto crediderim, sive capite deminutus sit, sive morte patris *vel alias sui juris sine capitis deminutione fuerit effectus*, debet dici cessare Senatusconsultum quia mutua jam patrifamilias data est.

Die Worte vel alias etc. können unmöglich anders verſtanden werden, als von dem flamen, oder der Veſtalin, oder (am wahrſcheinlichſten) von beiden Fällen zugleich. Vielleicht hatte dieſe Ulpian geradezu ausgedrückt, und die Compilatoren haben abſtractere Ausdrücke an ihre Stelle geſetzt. — Die abweichende Anſicht betraf alſo nicht (wie eigentliche Controverſen) unmittelbar einen Satz des praktiſchen Rechts, ſondern vielmehr den wiſſenſchaftlichen Verſuch, aus anerkannten einzelnen Rechtsregeln, durch Auswahl vorgefundener Merkmale, einen allgemeinen Begriff zu bilden. Dabey aber muß auch unſrer logiſchen Kritik, den alten Juriſten gegenüber, eine größere Freyheit eingeräumt werden.

XIX.

Ich habe die bey den alten Juriſten vorkommenden Erklärungen der c. d. theils als ungenügend, theils als unrichtig darzuſtellen geſucht; um einer ſolchen Behauptung Eingang zu verſchaffen, iſt es beſonders wichtig, die Entſtehung des angeblich Mangelhaften auf wahrſcheinliche Weiſe zu erklären.

Die Römer hatten eine uralte Lehre von drey Arten

der capitis deminutio; natürlich ohne Definition, aber unzweifelhaft in ihren Wirkungen, und eben so auch in den meisten und wichtigsten Anwendungen auf einzelne Fälle. Dagegen gab es wohl einige Fälle, in welchen das Daseyn oder Nichtdaseyn der c. d. nicht sowohl bestritten, als unbestimmt geblieben war, blos weil solche Fälle zufällig nicht vorgekommen oder nicht beachtet worden waren. Bey fortschreitender Ausbildung der Wissenschaft suchte man für jene alte Lehre bestimmte Begriffe aufzustellen, und daß dabey ganz verschiedene Wege eingeschlagen wurden, kann bey einem an sich blos formalen Unternehmen nicht auffallen. Die Meisten definirten die c. d. kurzweg als eine Status mutatio. Daß wir diese Definition gerade nicht als falsch, aber als unzureichend tadeln, kann wohl schwerlich für eine unbefugte Anmaaßung gelten, wenn man erwägt, daß die allermeisten Definitionen der alten Juristen überaus mangelhaft sind. Das Wichtigste war, sich vor falschen Anwendungen aus consequenter Durchführung mangelhafter Definitionen zu sichern, und dagegen schützte sie meistens ihr gesunder praktischer Sinn. Hätte man den Gajus oder Ulpian gefragt, ob denn also der Latinus durch die erlangte Civität, der Sohn durch den Tod des Vaters, eine c. d. erleide, so würden sie weit entfernt gewesen seyn die Frage deswegen zu bejahen, damit nur ihre Definition durch streng consequente Anwendungen bey Ehren bliebe.

Einen ganz andern Weg schlug Paulus ein, und die

Entſtehung ſeines Gedankens erkläre ich mir auf folgende Weiſe. Er erwog, daß die wichtigſte, den ſo verſchiedenen Fällen gemeinſame Wirkung der minima c. d. in dem Verluſt der Agnatenfamilie beſtehe; denn der Untergang der Schulden war durch die Reſtitution ſchon längſt entkräftet, und das Zuſammentreffen eines Niesbrauchs mit der c. d. in einer und derſelben Perſon konnte nur ſelten und zufällig vorkommen, anſtatt daß der Austritt aus der Familie jedesmal erfolgte. Dieſe einzelne Wirkung nun ſtellte er als das Weſen der c. d. auf, unbekümmert um den dadurch verdunkelten hiſtoriſchen Zuſammenhang der Sache ſelbſt und des Namens. Aus ſeinem ſo gebildeten Begriff ließen ſich auch die meiſten und gangbarſten Fälle unſtreitiger c. d. (Arrogation, Emancipation, in manum conventio einer unabhängigen Frau) ohne praktiſchen Irrthum ableiten. Allein er folgerte aus jenem Begriff die Anwendung der c. d. auf die Kinder eines Arrogirten, die er wohl bey anderen Schriftſtellern nicht gefunden haben mochte, und daher nur als eine Meynung aufſtellte (placet). Die Treue gegen ſeine Definition hinderte ihn aber nicht, gelegentlich auch wieder einem ganz anderen Gedanken nachzugehen, und bey dem Emancipirten den Grund der c. d. in der Degradation durch die mancipii causa aufzuſuchen, ohne Zweifel weil er hier dieſen Erklärungsgrund, wegen der Übereinſtimmung aller älteren Schriftſteller, für minder gewagt und hypothetiſch halten mußte (manifesto accidit).

Jetzt erst ist es möglich, die Stelle des Paulus vollständig zu erklären, die auf die Ansicht der Neueren von den drey Status so großen Einfluß gehabt hat (Num. X.).

L. 11 *de cap. min.* (4. 5.). Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima. *Tria enim sunt quae habemus: libertatem, civitatem, familiam.* Igitur, cum omnia haec amittimus, hoc est libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem: cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem: cum et libertas et civitas retinetur, *familia tantum mutatur*, minimam esse capitis deminutionem constat.

Er war auf dem oben angegebenen Wege dazu gekommen, die minima c. d. als familiae mutatio zu erklären. Da nun von alter Zeit her drey Grade der c. d. angenommen waren, so suchte er deren dreygliedrige Einheit dadurch begreiflich zu machen, daß er das Positive zusammenstellte, was durch jedes dieser drey Ereignisse verloren werden sollte. Dieses mußte also seyn: Freyheit, Civität, Familie. Was haben nun diese sehr ungleichartige Verhältnisse mit einander gemein? Nichts, als daß wir sie haben (Tria sunt quae habemus). Dieses würde sich hören lassen, wenn es wirklich die einzigen Gegenstände wären, die wir haben. Da wir aber bekanntlich auch noch einige andere Dinge haben, z. B. Ehe, väterliche Gewalt, Eigenthum, Servituten, Forderungen u. s. w., deren Jedes wir gleichfalls verlieren können, so ist in der

That dieſes um die drey Grade geſchlungene Band, wodurch ſie zu einer Einheit werden ſollen, über die Gebühr loſe zu nennen. Die ganze Stelle des Paulus erſcheint demnach nur als ein mislungener Verſuch, die dreyfache capitis deminutio auf eine rationelle Weiſe zu begründen. Nicht einmal den Troſt haben wir, daß etwa jenes dreyfache Haben, verglichen mit anderen hier beyſpielsweiſe aufgezählten Arten des Habens, vorzugsweiſe wichtig wäre. Daneben gewährt aber allerdings dieſe, ſonſt ſo wenig befriedigende, Zuſammenſtellung den Vortheil, daß ſie nicht ſo, wie die Definition der anderen Römiſchen Juriſten, zu dem Misverſtändniß Anlaß geben kann, als dürfe die Verleihung der Civität oder der Tod des Vaters für eine c. d. gehalten werden.

Durch alle dieſe Schwächen iſt indeſſen die Stelle des Paulus nicht verhindert worden, zu der Lehre der Neueren von den drey Status den Hauptgrund zu legen. Ohne Zweifel war dabey mitwirkend die ſtillſchweigende Vorausſetzung, Das was hier Paulus lehre, ſey die urſprüngliche und allgemeine Anſicht der Römiſchen Juriſten geweſen. Aber gerade dieſer Vorausſetzung muß ich auf das Beſtimmteſte widerſprechen. Wäre dieſe Vorausſetzung gegründet, ſo würde die erwähnte Anſicht eben ſo, wie die dreyfache Capitis deminutio, die Signatur eines feſten, alten Kunſtwortes an ſich tragen, und nicht ſo, wie jetzt, mit der ſeltſamen Bezeichnung sunt quae habemus in der Luft ſchweben. Insbeſondere lag der Ausdruck Status ſo

nahe, daß derselbe gewiß nicht unausgesprochen bleiben konnte, wenn in der That jene tria als drey feststehende Arten des Status gedacht worden wären. Aber nicht blos die Voraussetzung der Allgemeinheit ist hier ohne Grund, sondern auch bey Paulus selbst erscheint jene Ansicht gar nicht als eine so feste, tief durchdachte Lehre, wie sie von den Neueren auf die Autorität dieser Stelle angenommen zu werden pflegt. Es war bey ihm ein hingeworfener Gedanke, ein augenblicklicher Versuch, die uralte dreyfache capitis deminutio durch umschreibende Ausdrücke faßlich darzustellen, allerdings ausgehend von der Erklärung der minima c. d. als einer familiae mutatio. Diese war ihm eigenthümlich; aber wie wenig er auch sie für gewiß, unanfechtbar und anerkannt ausgeben wollte, zeigt deutlich der Umstand, daß er bey Erklärung der in der Emancipation liegenden c. d. (L. 3 § 1 de c. m.) von seiner Ansicht wieder keinen Gebrauch machte, sondern die übliche Herleitung aus der servilis causa vorzog.

XX.

Die hier versuchte Kritik der Lehre von der c. d. mag zugleich hinreichen zur Beurtheilung fremder Arbeiten über diesen Gegenstand, wie sie oben (Num. I.) zusammengestellt worden sind. Anstatt einer Zergliederung ihres Inhalts mögen hier nur wenige literarische Bemerkungen stehen.

Conradi, dessen Meynungen überall Anspruch auf besondere Aufmerksamkeit haben, legt als das Gewisse zum

Grund die Erklärung der minima c. d. als einer familiae mutatio, und ſucht hieraus alles Übrige zu erklären. Durch dieſe falſche Vorausſetzung ſieht er ſich genöthigt, die servilis causa als Grund der c. d. bey der Emancipation zu verwerfen (p. 180), und dieſes führt ihn weiter zu einer ſo gezwungenen Auslegung, wie man ſie ſonſt bey ihm nicht leicht antrifft; nämlich das manifesto accidit in L. 3 § 1 de c. m. ſoll nicht heißen: tritt unzweifelhaft ein, ſondern: wird offenbar, erſcheint in ſinnlicher Darſtellung durch ſymboliſche Handlungen.

Die Schrift von Seckendorf beſtreitet die Lehre des Paulus und trägt im Weſentlichen die hier aufgeſtellte Lehre vor; es iſt, wie es ſcheint, die erſte gedruckte Schrift, worin dieſes geſchieht.

Schon ſehr früh iſt ein merkwürdiger Verſuch gemacht worden, in die Lehre des Paulus Licht und Zuſammenhang zu bringen, und dieſer hat noch in der neueſten Zeit auf mehreren Seiten Anklang gefunden. Es iſt dieſes folgende, zuerſt von Hotomanus aufgeſtellte, Anſicht.

Es giebt, ſagt Hotomanus, drey Corporationen von verſchiedenem Umfang, worin jeder einzelne Menſch ſtehen kann (a): die Corporation aller freyen Menſchen der Erde, die der Römiſchen Bürger, die der Mitglieder einer einzelnen Agnatenfamilie. Scheidet ein Mitglied aus einer

(a) Er nennt dieſelben abwechslend corpus, ordo, collegium. — Im Weſentlichen haben dieſe Anſicht adoptirt Ducaurroy und Zimmern (ſ. oben Num. I.); dann auch Wangerow Pandekten I. S. 61.

derſelben, ſo wird dieſe Corporation um Ein Haupt vermindert, ſie erleidet eine Capitis deminutio, welcher Ausdruck dann aber auf das ausſcheidende Mitglied ſelbſt übertragen worden iſt. Seitdem ſich dieſer Sprachgebrauch gebildet hatte, bezeichnete caput die Stellung eines Mitgliedes in einer ſolchen Corporation (b), und in derſelben Bedeutung muß nun auch das Wort Status in der Definition der c. d. als einer Status mutatio verſtanden werden (c), denn ſonſt würde ganz unrichtig auch dem Sohn, deſſen Vater ſtirbt, eine c. d. zugeſchrieben werden müſſen. — Durch dieſe Auffaſſung wird ein ſcheinbarer Zuſammenhang in die Lehre des Paulus gebracht: mehr Lob kann man ihr nicht beylegen, denn eine genauere Prüfung hält ſie nicht aus. Zuerſt iſt die Corporation aller freyen Menſchen, aus welcher man auf ähnliche Weiſe, wie aus dem geſchloſſenen Kreis der Römiſchen Bürger, ausſcheiden könne, ein abentheuerlicher, den Römern beſonders völlig fremder Gedanke. Auf der andern Seite iſt die Geſammtheit der Agnaten zwar allerdings ein Rechtsbegriff, und ein nicht unwichtiger, denn ſie iſt die Grundlage der Inteſtaterbfolge und der legitima tutela. Sie iſt aber doch

(b) Hotomanus l. c. scire oportet, caput in hoc ipso tractatu significare jus, quod aliquis ob eam causam habet, quia caput sive locum in ordine aliquo illorum trium obtinet.

(c) Intelligi oportet, Status verbo in hoc tractatu significari a Ictis, condicionem personae in eorum ordine stantis (i. e. numerum efficientis) qui vel libertatem, vel cum libertate civitatem, vel cum utraque familiam obtinent.

nur eines unter den verschiedenen Familienbanden, wodurch mehrere Menschen zu einem engeren Ganzen vereinigt werden, man kann sie nicht einmal das wichtigste derselben nennen, und es ist also durchaus kein Grund einzusehen, warum sie, vorzugsweise vor allen anderen Familienverhältnissen, in dieser Lehre mit so ausschließender Wichtigkeit behandelt werden sollte. Endlich ist es auch ein ganz willkührliches, aller inneren Wahrscheinlichkeit ermanglendes Verfahren, wodurch der Ausdruck Capite minni von der wirklich verminderten Corporation auf das austretende, also vermindernde Individuum übertragen wird. Wir können also in dieser ganzen Auffassung nur einen sinnreichen Einfall sehen, nichts Besseres.

Beylage VII.

Über einige zweifelhafte Punkte in der Lehre von der Infamie.

(Zu § 77 und § 82.)

I.

Findet das Rechtsinstitut der Infamie auch Anwendung auf Frauen?

Wer bey der Infamie die Ausschließung vom Postuliren als das Einzige, oder doch als die Hauptsache, ansieht, muß diese Anwendung zwar nicht unmöglich, wohl aber völlig überflüssig finden. Denn da der Prätor schon in seinem zweyten Edict allen Frauen überhaupt unbedingt untersagt hatte, für Andere postulirend vor ihm zu erscheinen, so war es ganz unnöthig, für einige Frauen (die ehrlosen) im dritten Edict dasselbe Verbot, und zwar sogar durch Ausnahmen gemildert, zu wiederholen (§ 78).

Betrachtet man dagegen die Infamie, wie ich es zu beweisen versucht habe, als Verlust der politischen Rechte (§ 79—81), so hat sie für Frauen durchaus keinen Sinn, weil dieselben ohnehin niemals politische Rechte hatten. Hieraus erklärt es sich unmittelbar, warum die Tafel von Heraklea (Lex Julia municipalis), die nur von der Fähigkeit zu gewissen politischen Rechten handelt, in ihrem Verzeichniß der Ehrlosen die Frauen gar nicht erwähnen kann (§ 80).

Was finden wir nun als Antwort auf unſre Frage in den Rechtsquellen? Das in den Digeſten enthaltene Edict über die Infamen umgeht die Frauen, gerade da wo man ſie zunächſt erwartet, recht abſichtlich und auf die merkwürdigſte Weiſe. Wenn eine Wittwe zu frühe eine zweyte Ehe ſchließt, ſo ſollen infam ſeyn: der Vater der Wittwe, wenn ſie noch in deſſen Gewalt ſteht, ferner der neue Ehemann, wenn er unabhängig iſt, oder im entgegengeſetzten Fall deſſen Vater. Von der Wittwe ſelbſt, die doch am ſtärkſten und unmittelbarſten gefehlt hat, iſt mit keinem Wort die Rede.

Möchte man nun geneigt ſeyn, in dieſer Erſcheinung eine unmittelbare Beſtätigung einer oder der andern der oben erwähnten Anſichten von dem praktiſchen Weſen der Infamie zu finden, ſo wird wieder Alles zweifelhaft durch eine Anzahl von Stellen, worin als etwas Bekanntes und Gewiſſes angegeben wird, daß jene Wittwe dennoch infam werde (§ 77. y). Dieſe Stellen ſcheinen alſo ſowohl mit dem Weſen der Infamie, als mit dem angegebenen Inhalt des Edicts im Widerſpruch zu ſtehen.

Wie ſind dieſe Räthſel zu löſen?

II.

Die Lex Julia enthält nach Ulpian (XIII. § 1. 2) folgende Eheverbote, die ich der leichteren Überſicht wegen durch Zahlen bezeichnen will.

Lege Julia prohibentur uxores ducere senatores qui-

dem liberique eorum 1) libertinas 2) et quae ipsae 3) quarumve pater materve artem ludicram fecerit, 4) item corpore quaestum facientem.

Ceteri autem ingenui prohibentur ducere 5) lenam 6) et a lenone lenave manumissam, 7) et in adulterio deprehensam, 8) et judicio publico damnatam, 9) et quae artem ludicram fecerit; 10) adjicit Mauricianus, et a senatu damnatam.

Das Erſte, was in dieſen Verboten auffällt, iſt die nicht geringe Verſchiedenheit bey beiden Ständen. Wäre nun überall das Verbot für die Senatoren ſtrenger, wie es z. B. offenbar in Anſehung der Ehe mit Libertinen der Fall iſt, ſo wäre das ganz natürlich; allein es findet ſich auch das Umgekehrte, denn die Ehen N. 5. 6. 7. 8. 10 ſind dem Freygebornen verboten, dem Senator nicht. Man könnte das ſo erklären wollen, das Verbot für Freygeborne ſey das allgemeine, die Senatoren (als Freygeborne) mit umfaſſende; allein auch das paßt nicht genau, denn der Fall 2 und 9 kommt ausdrücklich in beiden Ständen als verboten vor.

Die Juriſten verbeſſerten durch Interpretation dieſen mangelhaften Ausdruck des Geſetzes; nicht nur wandten ſie einzelne Verbote für die Freygebornen wegen Gleichheit des Grundes mit ſenatoriſchen Fällen, auch auf die Senatoren an (a), ſondern ſie ſtellten auch geradezu die

(a) *L.* 43 § 6 *de ritu nupt.* (23. 2.). „Lenocinium facere *non minus est,* quam corpore quaestum exercere." Die ganze

sehr natürliche Regel auf: jedes Verbot für die Freygebornen sey auch auf die Senatoren anzuwenden (b). Sie giengen aber noch weiter in ihrer Reflexion über das Gesetz. Dieses hatte den Ausdruck der Infamie nicht gebraucht, ohne Zweifel weil nach altem Recht die Infamie auf Frauen gar keine Anwendbarkeit hatte (Num. I.), aber gemeynt war doch etwas ganz Ähnliches in den einzeln aufgezählten verbotenen Fällen (c), ja mehrere derselben kamen ausdrücklich im Edict als Fälle der Infamie vor. Sollte nun z. B. eine wegen Diebstahls verurtheilte Frau nicht dem Eheverbot der L. Julia unterworfen seyn? Nichts war natürlicher, als auf die allgemeine Regel zu kommen: die Ehe wird für Freygeborne, also auch für Senatoren, durch jeden Fall der Infamie verhindert, bey Senatoren überdem noch durch die Libertinität des andern Theiles; gerade so wird die Regel wörtlich von Ulpian ausge-

Stelle spricht von den Eheverboten für die Senatoren: da nun hier die L. Julia zwar den quaestus corpore, aber nicht das lenocinium, genannt hatte, so findet der Jurist nöthig, für das lenocinium künstlich zu beweisen, daß es mit unter das Verbot gehöre; dennoch war das lenocinium in den Eheverboten der Freygebornen ausdrücklich genannt, was ihm also nicht zu genügen schien.

(b) *L.* 43 § 8 *de ritu nupt.* (23. 2,). „Eas quas ingenui ceteri prohibentur ducere uxores, Senatores non ducent."

(c) Dieser Sinn der gesetzlichen Bestimmungen wird auch von den alten Juristen in ihren Commentaren über das Gesetz anerkannt, indem sie von den daselbst einzeln aufgezählten Personen ganz dieselben Ausdrücke gebrauchen, welche sonst von den Infamen des prätorischen Edicts regelmäßig gebraucht werden. *L.* 43 § 4. 12. 13 *de ritu nupt.* (32. 2.) „lege *notatur*," „erit *notata*," „idcirco *notetur*," „*notata* erit," „quia factum lex, non sententiam *notaverit*" u. s. w.

drückt (d). Eben ſo mußten nun auch umgekehrt die in der Lex Julia ausdrücklich genannten Fälle unzuläſſiger Ehen, wenn ſie nicht ſchon im Edict ſtanden, von jetzt an als Fälle wahrer Infamie betrachtet werden: natürlich mit Ausnahme des Falles bloßer Libertinität, da bey dieſem das Verbot nicht von ſittlichen Gründen ausgieng. Der Unterſchied der Senatoren von den übrigen Freygebornen zeigte ſich in zwey Stücken: erſtlich in der Ausdehnung des Verbots auf die Freygelaſſenen, ohne Rückſicht auf deren individuelle Ehrbarkeit: zweytens in der Anwendung des Verbots auf infame Männer, welchen die Ehe mit den Töchtern und Enkelinnen der Senatoren unterſagt war, anſtatt daß das Eheverbot für die Freygebornen nur auf infame Frauen angewendet werden konnte.

Durch dieſe natürliche Entwicklung der Gedanken erhielt nun der Begriff der Infamie folgende merkwürdige Ausdehnung. Infamie bezeichnete jetzt: bey Männern, Verluſt der politiſchen Rechte und Unfähigkeit zur Ehe mit weiblichen Nachkommen der Senatoren: bey Frauen, Unfähigkeit zur Ehe mit freygebornen Männern überhaupt, was ja die Senatoren und deren Söhne ohnehin auch

(d) Ulpian. XVI. § 2. „Aliquando nihil inter se capiunt, id est si contra legem Juliam Papiamque Poppaeam contraxerint matrimonium: verbi gratia, *si famosam quis uxorem duxerit, aut libertinam senator.*" — *Si quis*, alſo irgend Einer, Senator oder nicht, wobey man nur noch hinzu denken muß: ingenuus. — *famosam* heißt entſchieden ſo viel als infamem, und namentlich Ulpian gebraucht beide Ausdrücke als völlig gleichbedeutend, mit willkührlicher Abwechslung. *L.* 6 § 1 *de his qui not.* (3. 2.)

waren. In dieſer neuen Ausdehnung war der Begriff ein eben ſo ſcharf beſtimmter wie früher (§ 78), und verlor ſich alſo auch jetzt nicht in den ſchwankenden Begriff des ſchlechten Rufs oder der Infamia facti.

Daß nun dieſe Erweiterung der Fälle der Infamie von Juriſten und Kaiſern beachtet und praktiſch anerkannt werden mußte, verſteht ſich von ſelbſt (§ 77. y); aber ſollte dieſelbe auch in das prätoriſche Edict über die Infamen aufgenommen werden? Für die meiſten Fälle war es ohnehin nicht nöthig irgend eine Änderung vorzunehmen, da die Ausdrücke des Edicts (furti, mandati damnatus u. ſ. w.) ſchon an ſich auf beide Geſchlechter bezogen werden konnten, und es alſo genügte, wenn man die früherhin ſtillſchweigend hinzugedachte Ausſchließung der Frauen jetzt hinwegdachte: aber auch für die Fälle, worin der Ausdruck des Edicts die Frauen beſtimmt ausſchloß (§ 77), war ein praktiſches Bedürfniß der Änderung nicht vorhanden. Denn das prätoriſche Edict über die Infamen bezog ſich blos auf die Ausſchließung vom Poſtuliren, und in dieſer Hinſicht machte bey Frauen die Infamie keinen Unterſchied (Num. I.). Dennoch hat man dieſes, durch praktiſches Bedürfniß nicht Gebotene, gethan, und das Edict durch Aufnahme der die Frauen beſonders betreffenden Fälle der Infamie ergänzt (Num. VIII.): ohne Zweifel deswegen, weil das prätoriſche Edict über die Infamen der einzige Ort überhaupt war, wo ſich ein mit geſetzlichem Anſehen bekleidetes Verzeichniß der Ehrloſen fand.

III.

Welche Bedeutung hatte aber das Eheverbot der Lex Julia, oder was nun daſſelbe ſagt: welche praktiſche Folgen hatte für Frauen die Infamie?

Nach Ulpians Ausdruck: prohibentur, womit auch die Ausdrücke des Geſetzes ſelbſt übereinſtimmen (a), möchte man erwarten, es ſey für alle dieſe Fälle das Connubium aufgehoben worden, das heißt eine gegen das Verbot unternommene Ehe ſey nichtig geweſen, gerade ſo wie von jeher die Ehe zwiſchen Bruder und Schweſter nichtig war. Oder ſollte man etwa annehmen, das Geſetz habe die Ehe zwar beſtehen laſſen mit allen nach dem früheren Recht daran geknüpften Wirkungen, und ihr nur die Vorzüge entzogen, die eben dieſes Geſetz ſelbſt an das Daſeyn der Ehe, verglichen mit dem eheloſen Zuſtand, knüpfte? Eine ſolche Unterſcheidung ſcheint faſt zu ſubtil: und dennoch ſind wir genöthigt, ſie als wahr anzunehmen. Die Ehe ſelbſt war alſo rechtsbeſtändig, und die in derſelben erzeugten Kinder ſtanden in väterlicher Gewalt; allein in Beziehung auf die Bedingungen der Capacität galten dieſe Ehegatten als ehelos, ſo daß jeder derſelben unfähig war, durch das Teſtament des andern Ehegatten oder eines Dritten irgend etwas zu erwerben. Darüber, ob das Daſeyn

(a) *L.* 44 *pr. de ritu nupt.* (23. 2.) „ne quis eorum sponsam uxoremve .. habeto," dann: „neve Senatoris filia ... sponsa nuptave esto," endlich: „neve quis eorum .. sponsam uxoremve eam habeto."

von Kindern aus einer ſolchen Ehe den Eltern Vortheil bringen ſollte, galt kein ganz feſtes Princip, indem man in einigen Anwendungen den Vortheil gelten ließ, in anderen aber nicht. Alle dieſe Sätze ſind nunmehr zu beweiſen.

1) Ulpian XVI. 2 ſagt ausdrücklich, bey einer gegen die Regeln der L. Julia geſchloſſenen Ehe ſeyen die Ehegatten ganz unfähig, einander Etwas durch letzten Willen zuzuwenden (Num. II. c). Dieſen Satz mußte er als etwas Poſitives, ungeachtet der übrigen Rechtsbeſtändigkeit dieſer Ehe Geltendes anſehen: denn hätte er die allgemeine Nichtigkeit der Ehe vorausgeſetzt, ſo verſtand ſich ja die juriſtiſche Eheloſigkeit dieſer faktiſchen Gatten von ſelbſt, beſonders aber war es ganz unpaſſend, dieſen einzelnen Fall einer nichtigen Ehe als Grund der Incapacität anzugeben, und alle anderen Gründe der Nichtigkeit (z. B. Verwandtſchaft), die doch völlig eben ſo in dieſen Zuſammenhang gehörten, mit Stillſchweigen zu übergehen (b).

2) Wer drey Kinder hatte, konnte eine ihm auferlegte Tutel ablehnen, jedoch mußten es justi liberi ſeyn. Da-

(b) Ich will jedoch zugeben, daß in dem Satz des Ulpian eigentlich zweyerley liegt: 1) ſie ſollen nicht die Vortheile genießen, die außerdem in der Capacität die bloße Ehe den Ehegatten unter ſich giebt; 2) ſie ſollen einander gar Nichts hinterlaſſen dürfen, ſelbſt wenn ſie aus anderen Gründen gegen fremde Perſonen volle Capacität haben, z. B. weil die Frau drey Kinder geboren hat. Die Folgerung, die ich im Text aus der Stelle ziehe, iſt nur wahr für den erſten Satz, nicht für den zweyten.

bey entstand die Streitfrage, ob dieser Ausdruck nach dem alten jus civile zu verstehen sey, oder nach den enger einschränkenden Bestimmungen der L. Julia. Ein alter Jurist entscheidet für die erste, also die mildere Meynung (c); in dieser Entscheidung liegt die ausdrückliche Anerkennung, daß die L. Julia blos eine relative Unwirksamkeit der Ehe, in Beziehung auf einzelne, genau bestimmte Zwecke zur Absicht hatte, nicht die allgemeine Nichtigkeit der Ehe, unter deren Voraussetzung diese Kinder ja gar nicht Kinder ihres angeblichen Vaters gewesen wären (d).

Wenn daher die L. Julia für gewisse Fälle die Nichtigkeit der Ehe aussprach (was ich bestreite), so war die mildere Meynung in Beziehung auf die Excusationen ganz unmöglich; wenn sie dagegen (so wie ich behaupte) solche Ehen an sich gelten ließ, nur mit Versagung gewisser Vortheile, so konnte die in der angeführten Stelle dargestellte

(c) Fragm. Vaticana § 168. „Quidam tamen justos *secundum has leges* putant dici .... Sed justorum mentio ita accipienda est, *uti secundum jus civile quaesiti* sint." — Daß die entgegengesetzte Meynung gleichfalls Vertheidiger hatte, sagt hier der Jurist ausdrücklich. In einem andern ähnlichen Fall hatte die strengere Meynung das Übergewicht. Ein Freygelassener nämlich sollte durch zwey lebende Kinder frey von Lasten und Diensten gegen den Patron werden. Dabey aber heißt es: *ex lege* autem nati liberi prosunt. (*L.* 37 § 7 *de operis libert.* 38. 1.) Die lex ist natürlich die L. Julia, denn aus dieser stammte die ganze Begünstigung der Freygelassenen her.

(d) § 12 *J. de nupt.* (1. 10.). „Si adversus ea, quae diximus, aliqui coierint: nec vir, nec uxor, nec nuptiae, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii, qui ex eo coitu nascuntur, ... tales sunt .. quales sunt ii, quos vulgo mater concepit: nam nec hi patrem habere intelliguntur, cum his etiam pater est incertus."

Controverſe ſehr wohl entſtehen; denn da die Excuſation ein auf Willkühr beruhendes Privilegium war, ſo konnte man ohne Inconſequenz die Behauptung aufſtellen, daß die Excuſation nicht auf Kinder aus einer von der L. Julia misbilligten (wenngleich gültigen) Ehe gegründet werden könne.

3) Die Wittwe, welche innerhalb des Trauerjahrs eine neue Ehe ſchließt, wird dadurch ehrlos (§ 77. y). Allen ehrloſen Frauen war durch die L. Julia und deren Interpretation die Ehe mit jedem freygebornen Mann verboten (Num. II.). Hätte nun dieſes Verbot die Nichtigkeit der Ehe zwiſchen dem Freygebornen und der infamen Frau bezweckt, ſo wäre auch die voreilige zweyte Ehe jener Wittwe gar keine Ehe geweſen, alſo auch die darin gegebene Dos keine Dos (Note d). Allein gerade die Kaiſergeſetze, welche die Strafen einer ſolchen übereilten Ehe beſtimmen, ſetzen die Gültigkeit derſelben, und insbeſondere das juriſtiſche Daſeyn einer wahren Dos ſo beſtimmt voraus (e), daß ein vollkommener Widerſpruch nur verhütet werden kann, indem man (ſo wie es hier geſchehen iſt) das Verbot gewiſſer Ehen in der L. Julia anders als von der Nichtigkeit dieſer Ehen verſteht.

(e) *L. 1 C. de sec. nupt.* (5. 9.). — Man darf nicht glauben, dieſen Einwurf durch die Annahme beſeitigen zu können, die anfangs nichtige Ehe ſey nach Ablauf des Trauerjahrs von ſelbſt gültig geworden. Die Infamie der Frau war, wie jede Infamie, lebenslänglich; machte alſo überhaupt die Infamie einer Frau die Ehe mit einem Freygebornen unmöglich, ſo konnte dieſer Grund ihrer Unfähigkeit durch keinen Zeitablauf weggeräumt werden.

4) Die vollſtändigſte Beſtätigung aber für unſre Behauptung über den praktiſchen Sinn der L. Julia liegt in den ſpäteren Ereigniſſen. Unter Marc Aurel wurde ein Senatsſchluß erlaſſen, nach welchem die Ehen der Freygelaſſenen mit den Senatoren und deren Nachkommen nichtig ſeyn ſollten, und dieſer Senatsſchluß wird von dieſer Zeit an ſtets als Urſprung der Nichtigkeit ſolcher Ehen angeführt (f). Hieraus folgt nun unwiderſprechlich:

a) Daß vorher die Ehe zwiſchen Senatoren und Freygelaſſenen keinesweges nichtig war.

b) Daß vorher und nachher die Ehe zwiſchen Senatoren und Infamen eben ſo wenig nichtig war; nur wurde die Nichtigkeit durch Interpretation noch ausgedehnt auf die Ehen mit Schauſpielern und deren Kindern, oder ſolchen Perſonen, die ein anderes der Sittenloſigkeit höchſt verdächtiges Gewerbe trieben (g); niemals auf Infame überhaupt (h).

(f) *L.* 16 *pr. de ritu nupt.* (23. 2.). „Oratione D. Marci cavetur, ut si Senatoris filia libertino nupsisset, *ncc nuptiae essent:* quam et Senatusconsultum secutum est." *L.* 16 *de spons.* (23. 1.). „Oratio Impp. Antonini et Commodi, quae *quasdam nuptias in persona Senatorum inhibuit*, de sponsalibus nihil locuta est: recte tamen dicitur, etiam sponsalia in his casibus *ipso jure nullius esse momenti*: ut suppleatur quod orationi deest." Vgl. *L* 3 § 1 *de don. int. vir. et ux.* (24. 1.), *L.* 27 *L.* 34 § 3 *de ritu nupt.* (23. 2.).

(g) Die Ausdehnung auf Schauſpieler und deren Kinder kennt ſchon Modeſtin. *L.* 42 § 1 *de ritu nupt.* (23. 2.). Vollſtändiger wurde der Rechtsſatz ausgebildet von Conſtantin (*L.* 1 *C. de natur. lib.* 5. 27.), und deſſen Conſtitution wurde wieder näher beſtimmt von Marcian (*L.* 7 *C. dc incestis* 5. 5.).

(h) Die angeführten Geſetze beziehen die Nichtigkeit durchaus nur

c) Daß vorher und nachher die Ehen freygeborner Männer mit ehrloſen Frauen auf keine Weiſe nichtig waren, ſondern nur nicht die Vortheile verſchafften, welche durch die L. Julia mit dem ehelichen Leben verknüpft waren: Vortheile, welche ſich auf die Fähigkeit bezogen, durch den letzten Willen eines Verſtorbenen mehr oder weniger zu erwerben.

IV.

Neuere Schriftſteller haben dieſen hiſtoriſchen Zuſammenhang der Eheverbote, auf welchen die häufigen Erwähnungen des Senatsſchluſſes unter Marc Aurel faſt unvermeidlich hindeuten, zwar geahnet, aber ſo wenig klar gedacht, daß dadurch die Verwirrung nur noch größer geworden iſt. So Heineccius (a), welcher zuerſt ſagt, das Eheverbot der L. Julia ſey blos eine Lex minus quam perfecta geweſen, und erſt der Senatsſchluß von Marc Aurel habe es zu einer perfecta gemacht und die Auflöſung der Ehe vorgeſchrieben. Dann aber erklärt er auch

auf den Fall ehrloſer Gewerbe, nicht auf die Ehrloſigkeit aus einzelnen Handlungen. Daß ſie hierauf in der That nicht bezogen wurden, erhellt auch aus folgender Stelle: *L.* 43 § 10 *de ritu nupt.* (23. 2.). „Senatus censuit, *non conveniens esse* ulli Senatori, uxorem ducere aut retinere *damnatam publico judicio.*" Wenn ein Senatusconſult nöthig war, um eine ſolche Ehe für unanſtändig zu erklären, und dadurch indirect zu verhindern, ſo konnte ſie unmöglich ſchon als nichtig angeſehen werden.

(a) Heineccius ad L. Jul. et P. P. Lib. 2 Cap. 2 und Cap. 6. — Im Weſentlichen findet ſich dieſelbe Anſicht, nur weniger ſcharf ausgebildet, auch ſchon bey Ramos ad L. Jul. et P. P. Lib. 2 Cap. 8.

ſchon jenes urſprüngliche Verbot von wahrer, vollſtändiger Nichtigkeit der Ehe, ſo daß für den ſchärfenden Senatsſchluß keine andere neue und eigenthümliche Wirkung übrig bleibt, als die Ehegatten polizeylich aus einander zu treiben, woran denn freylich das Römiſche Recht hierin niemals gedacht hat.

Mit dieſen falſchen Grundanſichten der Neueren hängen auch einige nicht unwichtige falſche Auslegungen einzelner Stellen zuſammen. Dahin gehört der Anfang des Inſtitutionentitels de nuptiis: Justas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui *secundum praecepta legum* coëunt. Hier ſollen praecepta legum die Vorſchriften der L. Julia und Papia Poppaea ſeyn. Daran kann aber weder Juſtinian, noch der alte Juriſt, aus welchem dieſe Stelle genommen ſeyn mag, gedacht haben. Erſtlich weil in der That der Begriff der justae nuptiae von der Beobachtung jener Vorſchriften unabhängig war (Num. III.); zweytens weil, wenn es auch nicht ſo geweſen wäre, der Begriff der justae nuptiae unmöglich als von dieſen Vorſchriften allein abhängig dargeſtellt werden konnte, mit Übergehung der weit wichtigeren Bedingungen des alten jus civile. Daher ſind hier praecepta legum die Vorſchriften des poſitiven Rechts überhaupt, ohne ſpeciellere hiſtoriſche Andeutung. — Ferner gehört dahin eine ſchwierige Stelle des Paulus in der Collatio (XVI. 3), worin der Begriff der Sui heredes dahin beſtimmt wird, es ſeyen die in väterlicher Gewalt ſtehenden Kinder, mit folgender

näheren Bestimmung: „nec interest, adoptivi sint, an naturales *et secundum legem Juliam Papiamve quaesiti.*" Das soll heißen: „es gehören dahin sowohl Adoptivkinder, als natürliche, diese letzten jedoch nur unter der Voraussetzung, daß sie nach den Vorschriften der L. Julia erzeugt sind." Diese Auslegung muß schon aus denselben zwey Gründen verworfen werden, welche so eben bey der Institutionenstelle geltend gemacht wurden, nämlich weil alsdann Paulus etwas Falsches sagen, daneben aber etwas Wahres und Wichtiges ungesagt lassen würde. Dazu kommt hier noch der besondere Grund, daß die Verbindung durch et gar nicht auf eine Bedingung und Beschränkung des zweyten Falls der Sui, sondern vielmehr auf die Hinzufügung eines dritten Falls hindeutet. Paulus wollte wahrscheinlich sagen: Sui sind erstlich die Adoptivkinder, zweytens die (in rechter Ehe) natürlich erzeugten, drittens diejenigen, welche durch eine causae probatio der väterlichen Gewalt unterworfen werden. Die Entwicklung und Rechtfertigung dieser Auslegung (wozu vielleicht auch eine Änderung des Textes nöthig seyn dürfte) kann nur in Verbindung mit sehr weit führenden Untersuchungen über die Geschichte der causae probatio nach Zeugnissen des Gajus und Ulpian aufgestellt werden.

V.

Vorzüglich wichtig für unsren Zweck ist die spätere Geschichte dieser Eheverbote.

Das allgemeine Verbot, welches für die Freygebornen überhaupt, und in manchen Fällen auch für die Senatoren, stets nur gewisse Nachtheile im Vermögen bezweckte, wurde durch mehrere Kaisergesetze beseitigt, welche die Strafen des Cölibats und der Orbität allgemein aufhoben (a); denn durch diese Aufhebung verlor jenes allgemeine Verbot alle praktische Bedeutung.

Das specielle Verbot, welches seit Marc Aurel die Nichtigkeit der Ehen zwischen Senatoren und Freygelassenen oder Schauspielern u. s. w. bewirkt hatte, dauerte fort bis auf Justinian. Dieser entkräftete dasselbe stufenweise.

Zuerst verordnete er, die Ehe zwischen einem Freygebornen und einer Freygelassenen solle nicht dadurch ungültig werden, daß der Freygeborne späterhin die senatorische Würde erlange (b).

Dann erlaubte er den Senatoren die Ehe mit Schauspielerinnen, wenn nur diese ihrem bisherigen Gewerbe entsagen würden (c).

(a) Tit. de infirmandis poenis coelibatus etc., im Theodosischen Codex VIII. 16, im Justinianischen VIII. 58.

(b) *L.* 28 *C. de nupt.* (5. 4.). Nach den Worten dieser Stelle könnte man glauben, die L. Papia selbst habe schon die Nichtigkeit ausgesprochen; es ist aber blos ein ungenauer Ausdruck, der unter dem Namen der L. Papia zugleich die späteren Zusätze zu diesem Gesetz befaßt.

(c) *L.* 29 *C. de nupt.* (5. 4.). Dieses war der L. Julia so sehr entgegen, daß dieselbe das Verbot sogar auf die Kinder der Schauspieler ausdehnte, also auch wenn diese Kinder nicht selbst Schauspieler waren. Justinians Neuerung wurde unmittelbar veranlaßt durch den früheren Lebenslauf der regierenden Kaiserin Theodora.

Endlich aber erlaubte er dem senatorischen Stande jede Ehe ohne Ausnahme, unter der einzigen Bedingung, daß dabey die Form schriftlicher Eheverträge beobachtet werden sollte (d).

Damit war denn jede Spur der durch die Lex Julia eingeführten Eheverbote vertilgt, zugleich aber auch jede praktische Bedeutung der Infamie in Anwendung auf das weibliche Geschlecht.

VI.

Wenn eine Wittwe innerhalb des Trauerjahrs (früherhin 10 Monate) zur zweyten Ehe schreitet, so soll nach der in den Digesten enthaltenen Edictstelle die Infamie ihren Vater treffen, wenn sie in dessen Gewalt steht, ferner ihren Mann, oder wenn derselbe noch in väterlicher Gewalt steht, dessen Vater (§ 77). Von ihr selbst ist im Edict nicht die Rede, aber mehrere Stellen von Juristen und Kaisern schreiben auch ihr die Infamie zu (§ 77. y). Ist nun schon diese Verschiedenheit der Angaben einer Erklärung bedürftig, so drängen sich bey genauerer Betrachtung noch folgende Fragen auf: wenn wirklich die verletzte Trauerpflicht Grund dieser Infamie ist, sollte nicht die verletzte Trauer um manche andere Personen als den Mann, namentlich um Eltern und Kinder, eine gleiche

(d) *Nov.* 117 *C.* 6. Die Eheverträge waren nichts Besonderes für diesen Zweck, sondern durch Cap. 4 derselben Novelle als allgemeine Form für die Ehen der Illustres vorgeschrieben.

Folge haben? und eben so, abgesehen von den Personen, sollte nicht auch auf andere Trauerverletzungen, als durch die Ehe in der Trauerzeit, die Infamie herbeygeführt werden?

Ehe ich in unsren Quellen Antwort auf diese Fragen suche, will ich eine Bemerkung vorausschicken, die der ganzen Untersuchung einen festeren Boden bereiten kann. Die Ehe an sich hat mit der Trauer gar nichts zu schaffen, und durch sie wird die Trauer gar nicht verletzt. Denn eine Verletzung der Trauer liegt überhaupt nur in Handlungen und Kennzeichen der Fröhlichkeit, welche allerdings mit der ernsten Pietät gegen den Verstorbenen im Widerspruch stehen (a); die Ehe aber kann in gesammleter Stille des Gemüths geschlossen werden, und stört dann das Andenken an den Verstorbenen nicht, welches besonders einleuchtend ist bey der Ehe, die von den verstorbenen Eltern der Frau selbst gewünscht und herbeygeführt worden war. Bestätigungen dieser Ansicht liegen noch in folgenden Umständen. Wäre die Ehe an sich eine Verletzung der Trauerpflicht gewesen, so hätten die Frauen während jeder Trauer, namentlich um Eltern und Kinder, eine vacatio haben müssen, das heißt die Befugniß einstweilen ehelos zu bleiben, ohne in die gesetzlichen Strafen des

(a) Paulus I. 21 § 14. „Qui luget, abstinere debet a conviviis, ornamentis, purpura, et alba veste." Die Stelle ist aus dem Breviarium: nur das Wort purpura fehlt in den gewöhnlichen Handschriften, und ist aus dem Cod. Vesontinus zugesetzt, von dessen Bedenklichkeit weiter unten die Rede seyn wird.

Cölibats zu verfallen, weil ſonſt widerſinnigerweiſe die Frau durch jeden möglichen Entſchluß in irgend eine der ihr von zwey Seiten her drohenden Strafen verfallen wäre. Allein eine ſolche vacatio gab einer Frau nur allein der Tod ihres Ehegatten (b), nicht der ihrer Verwandten; alſo muß auch die Ehe nicht als eine ſtrafbare Verletzung der Trauerpflicht gegen die Verwandten angeſehen worden ſeyn. — Ferner wird gerade umgekehrt die Trauer einer Frau abgekürzt (d. h. ausnahmsweiſe beendigt) dadurch daß ſie ſich verlobt (c): wenn alſo nun auf das Verlöbniß die Ehe ſelbſt folgt, ſo geſchieht dieſes ja zu einer Zeit, worin die Trauer bereits beendigt iſt, die alſo dadurch nicht mehr verletzt werden kann. — Auch werden in dem Geſetz, welches über dieſen Gegenſtand dem Numa zugeſchrieben wird, beide Vorſchriften als verſchiedene neben einander geſtellt: Verſtorbene eine beſtimmte Zeit lang zu betrauern, und nach dem Tod des Ehemannes einige Zeit hindurch eine neue Ehe zu vermeiden (d). — Endlich läßt ſich auch leicht erklären, wie die Verwechslung entſtanden iſt, wozu die Veranlaſſung in der That nahe lag. Der Prätor erklärte die übereilte zweyte Ehe für einen

(b) Ulpian. tit. XIV. „Feminis lex Julia *a morte viri anni tribuit vacationem*, a divortio sex menses: lex autem Papia *a morte viri biennium*, a repudio annum et sex menses."

(c) Festus s. v. „*Minuitur* populo luctus aedis dedicatione ... privatis autem, cum liberi nati sunt ... *cum desponsa est*" rel.

(d) Plutarch. Numa C. 12. Über die verſchiedenen Verſuche, das Geſetz des Numa herzuſtellen, d. h. den praktiſchen Sinn jener Stelle zu fixiren, vgl. Dirkſen Verſuche S. 331.

Grund der Infamie, und er gebrauchte zur Beſtimmung des Begriffs einer übereilten Ehe denjenigen Zeitraum, worin der Sitte nach die Wittwe ihren Mann in der Regel zu betrauern hatte (e). Es lag nun ſehr nahe, dasjenige, was hier als Zeitbeſtimmung für den Fall der Infamie dienen ſollte, als den Grund der Strafbarkeit anzuſehen, da doch dieſer Grund lediglich in der Gefahr lag, daß für ein bald nachher gebornes Kind der wahre Erzeuger ungewiß werden konnte.

Die Richtigkeit dieſer Anſicht wird von Ulpian durch folgende Äußerungen ganz außer Zweifel geſetzt. Er ſagt ausdrücklich, daß die im Edict vorkommende Erwähnung der Trauer eine bloße Zeitbeſtimmung ſey (f), und er beſtätigt dieſe Behauptung durch zwey ganz entſcheidende Folgerungen: erſtlich, daß die Infamie nicht dadurch abgewendet wurde, wenn etwa der Verſtorbene die Ehre der Trauer (z. B. durch Hochverrath oder durch Selbſtmord aus Furcht vor einer Strafe) verwirkt hatte (g); zweytens, daß umgekehrt das Verbot und die Infamie ganz wegfiel, wenn die Wittwe nach des Mannes Tod ein Kind geboren hatte, weil dadurch, wenngleich die Trauerzeit noch nicht abgelaufen war, dennoch die turbatio sanguinis unmöglich wurde (h). Eine eben ſo nothwendige

(e) „*intra id tempus*, quo „elugere virum moris est, *an-* „*tequam* virum elugeret."

(f) *L.* 11 § 1 *ds his qui not.* (3. 2.). „Praetor enim *ad id tempus se retulit*, quo vir elugeretur qui solet elugeri, *propter turbationem sanguinis.*"

(g) *L.* 11 § 1. 3 *de his qui not.* (3. 2.).

(h) *L.* 11 § 2 *de his qui not.* „Pomponius eam, quae intra

Folge jener Grundansicht aber war es, daß die Trauer um Eltern oder Kinder niemals als Hinderniß der Ehe angesehen werden konnte (i).

VII.

Das bisher gewonnene Resultat ist nunmehr durch andere sichere Nachrichten auf folgende Weise zu ergänzen. Es gab nach uralter Sitte, die man auf Gesetze des Numa zurückführte, zwey verschiedene, jedoch verwandte Regeln.

1) Nach dem Tode eines Ehemannes soll die Wittwe Zehen Monate lang (erst von den Kaisern auf Zwölf Monate erweitert) ohne neue Ehe bleiben. Verletzt sie diese Regel, so sollen die dazu mitwirkenden Männer (der neue Gatte, und nach Umständen die beiderseitigen Väter welche einwilligen) infam seyn. Gewiß wurde diese Verletzung vor Allem der Wittwe selbst als etwas ganz Unehrbares angerechnet. Als infam konnte man dieselbe nicht betrachten, so lange die Infamie überhaupt eine blos politische Bedeutung hatte.

2) Nahe Verwandte sollen betrauert werden, indem der Trauernde jeden Schmuck der Kleidung, so wie die Theilnahme an Gastmählern vermeidet. Diese Trauer ward wahrscheinlich von jeher nur für gewisse Fälle als

legitimum tempus partum ediderit, putat statim posse nuptiis se collocare: quod verum puto."

(i) *L.* 11 *pr. de his qui not.* (3. 2.). „Liberorum autem et parentium luctus impedimento nuptiis non est."

ſtrenge Pflicht betrachtet, für andere Fälle blieb ſie der freyen Pietät überlaſſen; die Gränze aber iſt nicht für alle Zeiten mit Sicherheit zu beſtimmen (a). In der Kaiſerzeit (vielleicht auch ſchon früher) traf dieſe Pflicht überhaupt nur Frauen, nicht Männer, obgleich auch darüber eine abweichende, aber als vereinzelt bezeichnete Meynung erwähnt wird (b). Ferner waren die Frauen damals zur

(a) Vielleicht gab es nicht einmal ganz feſte Gränzen, auch waren ſie entbehrlich, ſo lange die Trauerpflicht nicht durch die Strafe der Infamie (die freylich nie ohne feſte Gränzen ſeyn konnte), ſondern durch das ſehr freye Ermeſſen der Cenſoren geſchützt war, welches auch ſpäterhin neben der Infamie ergänzend eintreten konnte. Vgl. Niebuhr B. 2 S. 450 ed. 2 und 3.

(b) Fragm. Vat. § 321 (wahrſcheinlich aus Paulus ad edictum): „Parentem inquit. Hic omnes parentes accipe utriusque sexus: nam lugendi eos *mulieribus* moris est. Quamquam Papinianus lib. II. quaestionum etiam liberis virilis sexus lugendos esse dicat; *quod nescio ubi legerit.*" Vielleicht erklärt ſich dieſes etwas auffallende Schwanken der Meynungen dadurch, daß in einzelnen Fällen auch Söhne wegen Verletzung der Trauer um die Eltern von den Cenſoren notirt worden waren (Note a). Die hier angeführte und getadelte Stelle des Papinian iſt uns merkwürdigerweiſe aufbewahrt. *L.* 25 *pr. de his qui not.* (3. 2). „Papinianus lib. II. quaestionum. Exheredatum quoque filium luctum habere patris memoriae placuit. Idemque et in matre juris est, cujus hereditas ad filium non pertinet." — Gegen die Trauerpflicht der Männer ſpricht auch Seneca epist. 63. „Annum feminis ad lugendum constituêre, non ut tamdiu, sed ne diutius: *viris nullum legitimum tempus est, quia nullum honestum.*" Das letzte mag eben ſo für redneriſche Übertreibung gelten, wie die Behauptung, daß das Trauerjahr der Frauen nur als Maximum zu verſtehen ſey; allein der Unterſchied beider Geſchlechter in Beziehung auf die Trauer liegt doch als unzweifelhafte Thatſache in dieſer Stelle. — Eben dahin gehört *L.* 9 *pr. de his qui not.* (3. 2.). „Uxores viri lugere non compellentur." — Endlich auch, und ganz beſonders, die Worte *mulieribus* remittuntur in *L.* 15 *C. ex quib. c. inf.* (vgl. unten Num. IX. b).

Trauer verpflichtet nur bey dem Tod des Ehemannes, aller Aſcendenten, und aller Deſcendenten ohne Unterſchied (c); in früherer Zeit wahrſcheinlich auch bey dem Tod naher Seitenverwandten (d). — Die Verletzung dieſer Pflicht galt natürlich als Impietät und ſehr unehrbar, als Infamie konnte ſie bey den allein verpflichteten Frauen nicht gelten, ſo lange die Infamie noch ein blos politiſches Inſtitut war.

Als aber die Lex Julia, durch die Auslegung der Juriſten vollſtändig entwickelt, die Infamie auch auf Frauen anwendbar machte (Num. II.), mußte ſich dieſes ändern, und es war nun ganz natürlich, daß die Wittwe durch übereilte Ehe, ſo wie jede Frau durch Verletzung der Trauerpflicht, infam wurde. Dieſe neuen Fälle der Infamie in das prätoriſche Edict einzutragen, war eigentlich kein beſonderes Bedürfniß vorhanden: dennoch iſt es geſchehen (Num. II.).

Und als endlich in Folge der Juſtinianiſchen Geſetzgebung die Infamie ihre Anwendbarkeit auf Frauen wiederum verlor (Num. V.), mußten auch dieſe Fälle der Anwendung wieder verſchwinden. So erklärt es ſich auf ganz natürliche Weiſe, daß bey der Aufnahme des Edicts über die Infamie in die Digeſten, jene ſeit der L. Julia

(c) Fragm. Vat. §320 (Worte des Edicts) „quae virum, parentem, liberosve suos, uti mos est, non eluxerit."

(d) Festus v. *minuitur* „... privatis (minuitur luctus) ... cum propiore quis cognatione, *quam is qui lugetur,* natus est." Vgl. Klenze, Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſch. B. 6 S. 33. S. auch unten Num. IX. c.

neu zugesetzten Fälle wieder weggelassen wurden. Strenge genommen, hätte nun auch in den Stellen der Juristen und in den Kaiserconstitutionen jede Spur jenes Rechtssatzes verwischt werden müssen. Daß dieses nicht geschah, sondern vielmehr viele solche Spuren noch jetzt vorhanden sind (§ 77. y), erklärt sich hinlänglich aus der Art wie unsre Compilationen entstanden sind, und läßt sich überdem auf zu viele Analogieen anderer Rechtslehren zurückführen, als daß daraus ein Zweifel gegen die Richtigkeit unsrer historischen Zusammenstellung hergenommen werden könnte.

VIII.

Erst nach diesen Vorbereitungen ist es möglich, von dem Inhalt unsrer Rechtsquellen in Beziehung auf die zuletzt behandelten Fragen deutliche Rechenschaft zu geben. Wir besitzen nämlich, an zwey verschiedenen Orten, Stellen des Edicts über die übereilte Ehe und über die verletzte Trauer: beide Stellen sind in der Hauptsache von unzweifelhafter Ächtheit, theilweise wörtlich übereinstimmend, in anderen Stücken sehr abweichend: die eine, wovon schon bisher beständig Gebrauch gemacht wurde, in den Digesten aus Julianus lib. I. ad edictum (*L.* 1 *de his qui not.*); die andere in den Vaticanischen Fragmenten aus dem Commentar eines Ungenannten, wahrscheinlich Paulus lib. V. ad edictum (a). Daneben haben wir noch

(a) Aus einem Commentar über das Edict ist die Stelle au-

eine wiederum abweichende, dem Paulus zugeſchriebene Stelle. Ich will es verſuchen, dieſe Widerſprüche zu erklären, und zu dieſem Zweck zunächſt die beiden Überlieferungen aus dem Edict zuſammenſtellen.

L. 1 *de his qui not. inf.*

Infamia notatur . . . . . .

A. Qui eam, quae in potestate ejus esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret,
intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret,
in matrimonium collocaverit:

B. Eamve sciens quis uxorem duxerit,
non jussu ejus in cujus potestate est:

C. Et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit.

Fragm. Vaticana § 320.

A. Et qui eam, quam in potestate habet, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret,
in matrimonium collocaverit:

B. Eamve sciens uxorem duxerit;

C. Et qui eum, quem in potestate haberet, earum quam uxorem ducere passus fuerit

D. Quae virum, parentem, liberosve suos, uti mos est, non eluxerit;

genſcheinlich. Da nun darin Papinian angeführt und widerlegt wird, ſo haben wir nur die Wahl zwiſchen Ulpian und Paulus. Ich halte den letzten für den wahrſcheinlichen Verfaſſer, weil Ulpian in *L.* 23 *de his qui not.* (3. 2.) dieſelbe Frage von einer anderen Seite aufzufaſſen ſcheint. Doch gebe ich zu, daß bey der Dürftigkeit der auf uns gekommenen Excerpte, worin wir alle verbindende Zwiſchenſätze vermiſſen, jener Umſtand nicht ganz entſcheidend iſt.

E. Quae cum in parentis sui potestate non esset, viro mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, nupserit.

Zunächst werde ich diejenigen Verschiedenheiten berühren, die ich für unbedeutend halte, und mich dabey, wie bey der ganzen Erklärung, der Buchstaben bedienen, wodurch ich die einzelnen Fälle der Infamie von einander abzusondern gesucht habe.

Darauf wird wohl Niemand Werth legen, daß in der ganzen Stelle der Vaticanischen Fragmente, mit Einschluß des im § 321 folgenden Commentars, das Wort Infamia gar nicht vorkommt; das Excerpt fängt erst nach der Erwähnung der Infamie an, und daß es wirklich aus dem prätorischen Verzeichniß der Infamen hergenommen ist, wird durch die großentheils wörtliche Übereinstimmung mit den Digesten ganz unzweifelhaft.

Eben so halte ich für unbedeutend den Umstand, daß in den Vaticanischen Fragmenten unter A und B Stücke fehlen, die zum Theil ganz unentbehrlich sind, wenn das Edict nicht völlig unsinnige Bestimmungen enthalten haben soll. Diese Stücke sind, wie ich glaube, nicht von den Abschreibern weggelassen worden, sondern von dem Epitomator selbst, und zwar nicht sowohl aus Gedankenlosigkeit, als weil er unter A, B und C nur im Allgemeinen

den Gedankengang bezeichnen wollte, um den Zusammenhang der Fälle D und E mit dem Vorhergehenden anschaulich zu machen; denn daß es ihm hauptsächlich auf den Inhalt dieser zwey letzten Fälle ankam, ist unverkennbar, indem er in dem folgenden § aus dem Commentar des Juristen blos eine Stelle über den Fall D mittheilt. Aus derselben absichtlichen Abkürzung des Epitomators erkläre ich mir bey C die Verwandlung der umständlichen, aber unstreitig ächten, Worte: eam de qua supra comprehensum est, in die kurzen: earum quam, die nicht einmal genau passen, indem in den Stellen unter A und B durchaus kein Motiv für den Pluralis earum aufzufinden ist. Der Sinn ist übrigens in beiden Stellen derselbe („eine solche"), und es erklärt sich sehr gut, wie aus der umständlicheren Bezeichnung des wirklichen Edicttextes die Abkürzung willkührlich gemacht werden konnte, anstatt daß die umgekehrte Verwandlung ganz unerklärlich seyn würde.

Die wichtigste Frage aber ist diese: sollen die Stellen C und D, wie ich es glaube, in der That zwey getrennte, unabhängige Fälle darstellen, oder ist in ihnen nur ein einziger Fall enthalten, so daß die Worte quae virum .. non eluxerit blos die Ergänzung der vorhergehenden Worte earum quam sind?

Nach meiner Annahme sind infam: C der Vater des neuen Ehegatten, D jede die Trauerpflicht verletzende Frau, wobey denn durchaus nicht an Ehe gedacht wird.

Nach der entgegengesetzten Annahme ist infam: der

Vater eines Mannes, welcher eine die Trauer verletzende Frau heurathet (b).

Die Gründe für meine Meynung sind folgende:

1) Die entgegengesetzte ist nur möglich unter Voraussetzung der Worte earum quam (weil diese zu dem vorhergehenden sowohl als zu dem nachfolgenden construirt werden können), die aber, wie ich bereits gezeigt habe, nicht dem Prätor, sondern dem Epitomator angehören. Nach den ächten Worten der Digesten ist diese Erklärung völlig unmöglich, weil nun die Worte nur allein als auf das Vorhergehende zurückweisend verstanden werden können.

(b) Diese Meynung findet sich bey Wenck praef. ad Hauboldi opuscula Vol. I. p. XXXII. XXXIII. Er kommt darauf ganz consequent, indem er von der Voraussetzung ausgeht, das Edict so wie wir es kennen (in den Vaticanen sowohl als in den Digesten) zähle überall nur Männer als Infame auf, keine Frauen, da es ja überhaupt nur an die Unfähigkeit der Infamen zum Postuliren denke. Auf eine Erklärung der großen Verschiedenheit unter den beiden Texten läßt er sich gar nicht ein. — Eigentlich läßt sich nun diese Meynung noch in zwey Gestalten denken, je nachdem man die Infamie des Schwiegervaters als Folge ansieht 1) entweder von der während der Trauerzeit geschlossenen Ehe, 2) oder von einem Trauerbruch, dessen sich einmal die Frau in irgend einer früheren Zeit, durch welche Handlung es auch sey, schuldig gemacht hat. Die letzte Deutung schließt sich mehr an die Worte an (quae ... non eluxerit). Man muß es dann so verstehen: durch den Trauerbruch sey die Frau für ihr ganzes Leben infam geworden, und wenn sie nachmals heurathete, so sey auch der Mann oder dessen Vater in Infamie verfallen. Dieses ist wirklich die Meynung von Wenck p. XXXIII, aber eine solche ansteckende Kraft der Infamie ist nun vollends ganz unerhört, ohne irgend eine Analogie, ja im Widerspruch mit ganz sicheren Zeugnissen. Denn wenn z. B. ein Senator durch die Ehe mit einer Schauspielerin infam geworden (also aus dem Senat getreten) wäre, warum hätte man denn ganz unnützerweise diese Ehe auch noch für nichtig erklärt (*L.* 42 § 1 *de ritu nupt.* 23. 2.)?

2) Wären die Worte earum quam wirklich der ächte Text, so müßte sich das „quae ... eluxerit" auf earum beziehen, also im Pluralis ausgedrückt seyn, wie es jetzt nicht ist.

3) In der Handschrift steht vor quae virum ein leerer Raum, welcher auf den Anfang eines ganz neuen Falls, nicht auf die bloße Fortsetzung eines angefangenen Satzes deutet.

4) Die entgegengesetzte Meynung setzt voraus, daß durch die bloße Ehe die Trauer um Eltern und Kinder verletzt werde, wozu durchaus kein Grund vorhanden ist (Num. VI.).

5) Gesetzt aber auch, die Verletzung jeder Trauer durch die bloße Ehe wäre wahr, so würde dennoch die entgegengesetzte Meynung, wegen des gänzlichen Mangels an praktischem Zusammenhang, aufgegeben werden müssen. Denn es wäre alsdann für ehrlos erklärt der Vater eines Mannes, der eine die Trauer verletzende Frau geheurathet hätte. Nicht nur wäre diese Strenge an sich selbst kaum begreiflich, sondern sie würde noch unbegreiflicher dadurch, daß der Vater der Frau, und der neue Ehemann selbst (im Fall der Unabhängigkeit von väterlicher Gewalt) von einer gleichen Strenge nicht betroffen würden; denn diese beiden sollen nach A und B infam werden, nur wenn die Wittwe vor Ablauf der Trauerzeit heurathet, nicht wenn blos die Trauer um Eltern oder Kinder verletzt ist. Soll man nun etwas so Widersinniges für möglich halten?

Ganz dieselbe Streitfrage wiederholt sich bey dem Fall E, welcher nach meiner Meynung die Ergänzung von A. B. C ist. In diesen drey Regeln waren bey einer übereilten Ehe die mitwirkenden Männer für infam erklärt, die Regel E erstreckt die Infamie auch auf die Frau selbst.

Nach der anderen Meynung ist auch dieses Stück nur noch als eine nähere Bestimmung des earum quam anzusehen, folglich abermals auf den Schwiegervater der Frau zu beziehen (c). Dagegen sprechen zunächst alle schon bey D ausgeführte Gründe. Dazu kommt aber noch der neue, ganz entscheidende Grund, daß dann der Schwiegervater nur infam werden sollte, wenn die Frau frey von väterlicher Gewalt wäre; aber seine Schuld, indem er die sträfliche Ehe seines Sohnes zuläßt, ist ja völlig dieselbe, die Schwiegertochter mag in väterlicher Gewalt stehen oder nicht. Alles, was nach der hier widerlegten Meynung unter E mit der schleppendsten Wiederholung gesagt seyn soll, steht in der That schon im Edict in den kurzen und verständlichen Worten, welche wir unter C in den Digesten lesen: eam *de qua supra comprehensum est.*

IX.

Die Verschiedenheit beider hier zusammen gestellten Texte des Edicts über die Infamie ist zum Theil bereits

(c) So versteht es wieder (durch eine Grundansicht genöthigt) Wenck p. XXXIII, der deshalb bey dem zweyten quae (nicht bey dem ersten) die erklärende Parenthese hinzufügt: i. e. quaeve.

aus dem Verfahren des Epitomators erklärt worden, von welchem die Vaticaniſchen Fragmente herrühren; ein anderer Theil, und gerade der weſentlichere, beſteht in den Fällen der Infamie (D und E), welche in den Fragmenten ſtehen, in den Digeſten aber ganz fehlen. Dabey fällt natürlich jene Erklärung weg, indem der Epitomator nach eigenem Gutdünken Stücke weglaſſen, aber nicht zuſetzen konnte. Die vollſtändige Darlegung des hiſtoriſchen Zuſammenhangs wird jene Verſchiedenheit erklärlich machen.

So lange die Infamie ein blos politiſches Inſtitut war, konnte ſie auf Frauen nicht bezogen werden. Durch die Lex Julia und deren Auslegung wurde ſie auf Frauen anwendbar (Num. II.), und nun betrachtete man unter andern als infam die Frauen, welche irgend eine ſtrenge Trauerpflicht verletzt hatten, und eben ſo diejenigen, welche vor Ablauf von Zehen Monaten nach dem Tod ihres Mannes eine neue Ehe ſchloſſen. Dieſe neuen Fälle wurden auch in das Edict eingeſchrieben (Num. VII.), und zwar als neue Zuſätze hinter diejenigen alten Fälle, womit ſie am meiſten Ähnlichkeit hatten. Die Geſtalt des Edicts, welche aus dieſer Einſchaltung hervorgieng, erkennen wir aus den Vaticaniſchen Fragmenten (Num. VIII.), und es wird nunmehr klar, warum der Fall E erſt hinter den Fällen A, B, C, und ſogar getrennt von ihnen, eingeſchoben iſt, da er dem innern Zuſammenhang nach neben jenen Fällen, ja ſogar vor denſelben ſeine richtige Stelle gefunden hätte. Ohne Zweifel hätte er dieſe erhalten,

wenn er schon bey der ersten Abfassung des Edicts hätte aufgenommen werden können.

In der Folge aber ereignete sich hierin eine sehr wichtige Veränderung. Ein Senatsschluß aus unbekannter Zeit (a) trennte die zwey für Frauen neu aufgenommenen Fälle der Infamie. Die Verletzung der Trauerpflicht (ohne darum gebilligt zu werden) sollte hinfort keine rechtlichen Folgen mehr nach sich ziehen, also nicht mehr infamiren: dagegen wurde bey der übereilten Ehe die Infamie der Frau und des neuen Ehemannes bestätigt (b). Der hieraus hervorgehende Rechtszustand ist sehr bestimmt ausgesprochen in einer Stelle des Ulpian, worin die Trauer allgemein, und ohne Unterschied der Geschlechter, als eine bloße Sache der Pietät, ohne rechtliche Folgen, insbesondere ohne die Folge der Infamie, dargestellt wird (c).

(a) Allzu spät können wir denselben schon deswegen nicht ansetzen, weil überhaupt kein sicheres Senatusconsult aus der Zeit nach Severus vorhanden ist.

(b) *L.* 15 *C. ex quib. causis inf.* (2. 12.). „Imp. Gordianus. Decreto amplissimi ordinis luctu foeminarum deminuto, *tristior habitus ceteraque hoc genus insignia, mulieribus remittuntur: non etiam* intra tempus, quo his elugere maritum moris est, *matrimonium contrahere permittitur:* cum etiam, si nuptias alias intra hoc tempus secuta est, *tam ea,* quam *is qui sciens eam duxit uxorem*, etiamsi miles sit, *perpetuo Edicto labem pudoris contrahat.* 239." Das heißt: in diesem zweyten Fall soll es bey der im Edict (nach seiner neuesten Ergänzung) angedrohten Infamie verbleiben, im ersten Fall soll dieselbe nicht mehr gelten.

(c) *L.* 23 *de his qui not.* (3. 2.). „Parentes, et liberi utriusque sexus, nec non et ceteri agnati vel cognati, secundum pietatis rationem et animi sui patientiam, prout quisque voluerit, lugendi sunt: qui autem eos non eluxit, non notatur infamia." Der hier ausgedrückte Gedanke kann so entwickelt und

Bey der völligen Übereinstimmung dieser Stelle mit dem erwähnten Senatsschluß ist es unbegreiflich, daß in derselben neuere Schriftsteller eine Interpolation der Compilatoren wahrzunehmen glauben konnten (d).

Man konnte nunmehr auch das Edict von Neuem ändern, und den Fall D wieder wegstreichen. Daß es nicht geschehen ist, zeigt der in den Vaticanischen Fragmenten aufbewahrte Text. Der Senatsschluß fiel ohne Zweifel in eine Zeit, worin Änderungen im Text des Edicts immer seltner wurden, und endlich ganz aufhörten; auch hatte er selbst so viel Ansehen und Publicität, daß von der unveränderten Stelle des Edicts kein Misbrauch zu befürchten war. Blieb aber jene antiquirte Stelle dennoch im Text des Edicts stehen, so darf es uns auch nicht befremden, daß Paulus oder einer seiner Zeitgenossen sie noch commentirte. Ohne Zweifel bemerkte er hinterher, daß der Senat die Infamie für diesen Fall aufgehoben habe, obgleich diese Bemerkung in dem kleinen Excerpt aus jenem Commentar zufällig nicht mit vorkommt.

Ganz anders stellte sich die Sache unter Justinian.

ergänzt werden: In früherer Zeit war die Trauer in einigen Fällen eine strenge Pflicht, und zuletzt sogar durch die Strafe der Infamie geschützt; in anderen Fällen war sie schon damals bloße Gewissenssache, namentlich für trauernde Männer, und bey verstorbenen Seitenverwandten (vgl. Num. VII. d). Seit dem neuesten Senatsschluß fallen alle diese Unterschiede weg, und die Trauer ist nunmehr, für alle erwähnte Fälle gleichmäßig, bloße Gewissenssache geworden. — Es ist durchaus kein Grund vorhanden, in dieser Stelle irgend eine Interpolation anzunehmen.

(d) So z. B. Cujacius, observ. Lib. 21 C. 12.

Unter ihm hatte die Infamie wieder, wie im älteſten Recht, alle Anwendbarkeit auf die Frauen verloren (Num. V.). Nun war es natürlich, daß man aus dem Text des Edicts über die Infamen (L. 1 de his qui not.) die Fälle, welche nur die Frauen betrafen, wiederum wegſtrich, und ſo erklärt ſich die Abweichung der beiden uns überlieferten Texte auf die einfachſte Weiſe.

X.

Die Edictſtelle, da wo ſie vollſtändiger in den Digeſten erhalten iſt (Num. VIII.), bietet noch eine beſondere, bisher nicht berührte Schwierigkeit dar in folgenden Worten:

> Qui eam, quae in potestate ejus esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, *intra id tempus quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret*, in matrimonium collocaverit.

Die hier curſiv gedruckten Worte werden von Jedem auf den erſten Anblick mit collocaverit verbunden werden, ſo daß darin beſtimmt wäre die Zeit, innerhalb welcher die Ehe geſchloſſen ſeyn müßte, um für den Schwiegervater die Infamie zu bewirken. Dennoch muß aus zwey Gründen dieſe Erklärung verworfen werden. Erſtlich, weil alsdann jene Worte eine vollkommen müßige Wiederholung in ſich ſchließen würden: denn die Worte intra id ... moris est, ſagen (ſo verſtanden) genau daſſelbe wie die folgenden antequam virum elugeret. Zweytens weil

die vorhergehenden Worte cum eum mortuum esse sciret offenbar auf den Gegensatz eines Falles schuldloser Unwissenheit hindeuten, von welchem die Infamie abgewendet werden soll (a). Dieser unschuldige Fall würde so gedacht werden müssen, daß der Vater glaubte, sein erster Schwiegersohn sey noch am Leben. Allein bey diesem Gedanken wäre ja die Handlung des Vaters noch weit schlechter, indem er dann die Absicht hätte, eine Bigamie seiner Tochter zu veranlassen.

Diese Schwierigkeiten verschwinden, wenn man die angeführten Worte in zwey, durch Sinn und Construction getrennte Theile auflöst. Die Worte antequam virum elugeret gehören in der That zu collocaverit, und haben den oben erklärten Sinn. Allein die vorhergehenden Worte gehören als nähere Bestimmung zu mortuum esse, und sollen folgenden Gedanken ausdrücken:

Nur dann wird der einwilligende Vater infam, wenn er wußte, daß der Tod seines Schwiegersohnes in einen solchen Zeitpunkt falle, seit welchem die Trauerzeit noch nicht abgelaufen war. Ein Irrthum über diesen Umstand macht seine Einwilligung schuldlos.

Gesetzt also, der Schwiegersohn war in den Krieg gezogen, und hatte seitdem keine Nachricht gegeben. Nach anderthalb Jahren wird sein Tod gemeldet, mit dem Zusatz, er sey schon einen Monat nach der Abreise umge-

(a) *L.* 8 *de his qui not.* (3. 2.). *eum mortuum esse sciret*, ne ignorantia puniatur." „Merito adjecit Praetor, *cum*

kommen: dieser Zusatz aber ist irrig, und der Tod war vielmehr erst vor einem Vierteljahr erfolgt. Wenn jetzt die Wittwe auf der Stelle eine zweyte Ehe schließt, so kann sie und den Vater kein Vorwurf treffen, weil ihnen die noch nicht abgelaufene Trauerzeit unbekannt war: was sie thaten, war, unter Voraussetzung der von ihnen geglaubten Thatsachen, ganz erlaubt (b).

Diese Erklärung drängt sich nur darum nicht auf den ersten Blick als richtig auf, weil es dabey nöthig ist, die Worte mortuum esse intra id tempus auf den rückwärts liegenden Zeitraum zu beziehen, was jedoch sowohl mit dem Gedanken, als mit den Worten, völlig vereinbar ist. Übrigens ist dieselbe schon längst auf ganz befriedigende Weise dargestellt worden (c).

(b) *L.* 8 *de his qui not.* (3. 2.) „sed cum tempus luctus continuum est, merito et ignoranti cedit ex die mortis mariti: et ideo si post legitimum tempus cognovit, Labeo ait, ipsa die et sumere eam lugubria et deponere." Was hier zunächst von der eigentlichen Trauer gesagt ist, gilt eben so auch von der Zeit, worin eine neue Ehe unterbleiben muß: ja in dieser Beziehung allein wird es von Ulpian angeführt. — Für diese ganze Erklärung ist es freylich nöthig, in der eben angeführten commentirenden Stelle die Worte cum eum mortuum esse sciret so aufzufassen, als ob die folgenden Worte intra id tempus ... moris est noch dahinter gesetzt wären (gleich als wenn hinter sciret ein etcetera stände), sonst ist der Unsinn unvermeidlich, daß der Vater tadellos seyn sollte, wenn er zur Zeit der zweyten Ehe den ersten Schwiegersohn noch am Leben glaubte.

(c) Rücker Observ. C. 1 hinter dessen Diss. de civ. et nat. temp. comput. C. 1. Lugd. Bat. 1749. — Auch Wenck l. c. p. XXXIV — XXXVI hat diesen Punkt richtig aufgefaßt.

XI.

Ich komme nun auf ein sehr abweichendes altes Zeugniß von der aus der Trauerverletzung entstehenden Infamie. Es ist dieses die Stelle des Paulus Lib. 1 Tit. 21, welche so lautet:

§ 13. Parentes et filii majores *sex* annis *anno* lugeri *possunt:* minores *mense:* maritus decem mensibus: et *cognati* proximioris gradus octo: *Qui contra fecerit, infamium numero habetur.*

§ 14. Qui luget, obstinere debet a conviviis, ornamentis, purpura, et alba veste.

Wenn wir zuerst den Inhalt des § 13 betrachten, so ist darin Weniges, was nicht mit den sichersten Nachrichten, und namentlich mit dem in den Vaticanen § 321 excerpirten Commentar über das Edict (wahrscheinlich von Paulus) in Widerspruch stände, welches um so bedenklicher ist, als der § 321 durch die Übereinstimmung mit dem Gesetz des Numa bey Plutarch unterstützt wird. Zuerst das *sex* annis, da es heißen muß *decem;* man hat vorgeschlagen zu emendiren decem, was aber nur heißt den Schaden von Einer Seite zudecken. Ferner das *anno*, was neben den nachher bey dem Ehemann folgenden 10 Monaten nur heißen kann 12 Monate: der § 321 spricht zwar auch von einem annus, erklärt diesen aber sogleich, und mit überzeugenden Gründen, von dem alten zehenmonatlichen Jahr. Ferner das *possunt*, welches auf ein blo-

ßes Verbot längerer Trauer zu deuten scheint, und zu der nachfolgenden Infamie gar nicht paßt. Weiter das *mense*, da doch die Kinder unter 10 Jahren mit eben so viel Monaten betrauert wurden, als sie Jahre zählten, jedoch von 3 Jahren abwärts nur noch mit Halbtrauer (sublugetur), unter einem Jahr gar nicht mehr. Dann die Cognaten, von welchen der § 321 gar Nichts sagt, und die Edictstelle selbst (im § 320) auch Nichts. Endlich die unbedingte Drohung der Infamie, ohne Unterschied des Geschlechts, da doch die Männer deshalb nie von der Infamie betroffen wurden, die Frauen aber zur Zeit des Paulus gleichfalls davon befreyt waren (Num. VII.) (a).

Diese Widersprüche würden als eben so viele unauflösliche Räthsel gelten müssen, wenn die äußere Autorität der angeblichen Stelle des Paulus fest stände; diese ist also nunmehr zu prüfen. Hier müssen wir zuerst den § 13 völlig trennen von dem (schon oben benutzten) § 14, welcher, mit Ausnahme des gleichgültigen Wortes purpúra, in allen Handschriften des Breviarii steht, und unzweifelhaft ächt ist; auch macht sein Inhalt keine Schwierigkeit, da er nur einige Bestimmungen über die Art des

(a) Um der bedenklichsten Schlußstelle nothdürftig abzuhelfen, hat man verschiedene Wege eingeschlagen. Herm. Cannegieter observ. p. 203 will anstatt: infamium numero habetur lesen: numero ō habetur, was heißen soll: non habetur. Allein dieses ō als Sigle für non kommt sonst nirgends vor. — Jo. Cannegieter de notis p. 350 emendirt das *qui* contra fecerit in *quae*. — Bynkershoek observ. V. 13 meynt, dieser letzte Satz rühre von Anian her. Allein daß im Westgothischen Reich die Infamie für den Trauerbruch wieder neu eingeführt seyn sollte, ist gerade das Allerunwahrscheinlichste.

Trauerns enthält, die auch noch nach Aufhebung der Infamie als Stück der alten Sitte füglich erwähnt werden konnten. Der § 13 aber rührt her aus dem räthselhaften Codex Vesontinus, einer Handschrift des Paulus, die Cujacius aus der Stadtbibliothek zu Besanzon erhalten hatte (b), und von welcher er leider nicht sagt, was sie enthielt, ob blos den Paulus (was wohl sonst nicht leicht vorkommen wird), oder das ganze Breviarium. Höchst verdächtig wird die Sache dadurch, daß die vielen aus jener Handschrift zuerst mitgetheilten Stellen in den zahlreichen, zum Theil uralten, anderen Handschriften des Breviarii durchaus fehlen.

Halten wir diese äußeren Gründe zusammen mit dem oben dargelegten sehr bedenklichen Inhalt des § 13, so sind wir wohl berechtigt, den sogenannten Codex Vesontinus für einen in unbekannter Zeit sehr stark überarbeiteten und entstellten alten Text zu erklären, dessen einzelne Stellen, da wo sie mit anderen sicheren Zeugnissen in Widerspruch stehen, auf keine Autorität Anspruch machen können.

(b) Cujacius erwähnt diese Handschrift zuerst im 21. Buch der Observationen (1579), worin er zugleich viele neue Stellen aus derselben mittheilt. Er sagt davon Cap. 13: Superiores sententias dedi ex libro vetustissimo Sententiarum Pauli ad me Vesontio[illegible], und Cap. 16: in optimo li[illegible]quem Vesontio dedit civitas nobilissima mihique amicissima. In den Text aufgenommen wurden alle diese Stellen zuerst in der Ausgabe des Paulus hinter dem Codex Theodosianus Paris. 1586 fol.

XII.

Über die Infamie der unzüchtigen Frauen (quaestum corpore facientes) ist Folgendes anzumerken. Das ursprüngliche Edict nannte sie natürlich nicht, weil es überhaupt keine Frauen nannte. Die Lex Julia nannte sie unter denjenigen, welchen die Ehe mit einem Senator und dessen männlichen Nachkommen untersagt war (a). Es ist aber kaum zu zweifeln, daß auch mit bloßen Freygebornen ihre Ehe unzulässig war, obgleich dieses nicht ausdrücklich gesagt ist. Dafür spricht erstlich die anerkannt gleiche Verächtlichkeit dieses Gewerbes mit dem der Kupplerwirthschaft, für welches jene Unzulässigkeit unmittelbar ausgesprochen war (b); zweytens die Ausnahme zu Gunsten derjenigen Freygelassenen, welche in ihrem früheren

(a) Ulpian. XIII. § 1 vgl. oben Num. II. — Man könnte einen Zweifel hernehmen aus der wörtlich in die Digesten aufgenommenen Stelle des Gesetzes über die Frauen denen die Ehe mit den Senatoren untersagt war (*L.* 44 *pr. de ritu nupt.* 23. 2.), denn in dieser Stelle finden sich jene Frauen nicht [redacted] es war ja das auch nu[redacted] einzelnes Kapitel der Lex Julia, in dem folgenden (zufällig nicht auch excerpirten) mögen sie gestanden haben. Ulpian dagegen wollte eine vollständige Übersicht der Verbote geben, nur nicht mit den Worten des Gesetzes. Daß das Gesetz wirklich davon sprach, erhellt deutlich aus *L.* 43 *de ritu nupt.* (23. 2.), die aus Ulpians Commentar zur Lex Julia genommen ist, und worin der Begriff des quaestum facere ausführlich erörtert wird.

(b) *L.* 43 § 6 *de ritu nupt.* (23. 2.). Lenocinium facere *non minus est,* quam corpore quaestum exercere." Indem der Jurist blos denen widerspricht, die etwa das lenocinium für weniger schändlich als den eigenen quaestus halten möchten, erkennt er die ohnehin ausgemachte äußerste Schändlichkeit dieses quaestus deutlich an.

Sklavenstand ein solches Gewerbe getrieben hatten (c). Diese Ausnahme konnte nur Sinn haben unter der Voraussetzung, daß in anderen Fällen den unzüchtigen Frauen die Ehe mit Freygebornen für immer untersagt sey: auf Senatoren konnte sie sich nicht beziehen, da diesen die Ehe mit allen Freygelassenen, auch den ehrbarsten, ohnehin verboten war.

Wahrscheinlich wurden nunmehr jene Frauen in das Edict, welches das Verzeichniß aller Infamen enthielt, mit aufgenommen, bey der Abfassung der Digesten aber aus denselben Gründen, wie alle andere Frauen, wieder weggelassen.

XIII.

Das Gewerbe der Kuppeley, von Männern getrieben, stand schon im ursprünglichen Edict unter den Fällen der Infamie; Frauen von gleichem Gewerbe konnten dabey nicht erwähnt seyn. Die Lex Julia untersagte allen Freygebornen die Ehe mit Kupplerinnen, imgleichen mit freygelassenen Frauen, die von einem Kuppler oder einer Kupplerin manumittirt waren (a). Bey den Ehen der Senatoren waren die Kupplerinnen nicht erwähnt, aber man schloß auf die Unzulässigkeit solcher Ehen aus der Gleich-

(c) *L.* 24 *de his qui not.* (3. 2.). „Imp. Severus rescripsit, non offuisse mulieris famae quaestum ejus in servitute factum."

(a) Ulpian. XIII. § 2 vgl. oben Num. II. — Es ist auffallend, daß in diesem Fall die freygelassenen Sklavinnen infam waren, während sie es nicht seyn sollten, wenn sie auf eigene Rechnung im Sklavenstand Unzucht getrieben hatten (Num. XII. c).

heit dieſes Gewerbes mit dem der eigenen Unzucht (b). Jetzt wurde wahrſcheinlich auch dieſer Fall in das Edict über die Infamen aufgenommen.

Auf dieſen Fall bezieht ſich eine Erzählung aus der Zeit des Tiberius, die von der äußerſten Verſunkenheit des Zeitalters Zeugniß giebt (c). Vornehme Frauen unternahmen förmlich die Kuppeley als Gewerbe „ut ad evitandas legum poenas jure ac dignitate matronali exsolverentur." Welche Vortheile konnten ſie von dieſer Schändlichkeit erwarten? Zuerſt machten ſie ſich fähig, freygelaſſene Sklaven, die ihnen gefielen, zu heurathen, was ihnen außerdem die von der Lex Julia mit einer in ihrem Sinn gültigen Ehe verknüpften Vortheile nicht hätte verſchaffen können (d); allein das heißt nicht ad evitandas legum poenas. Zweytens wurden die unverheuratheten Frauen dadurch ſicher, für eigene Unzucht nicht nach der Lex Julia de adulteriis beſtraft werden zu können, denn das Verbrechen des stuprum (auch wohl adulterium genannt) bezog ſich nur auf ſolche Frauen, die bis zu dieſer Handlung ihre Matronenehre nicht verwirkt hatten (e); dieſer Fall war ohne Zweifel gemeynt, denn man fand es nöthig, durch ein beſonderes Senatusconſult dem Verbre-

(b) Vgl. Num. XII. b.

(c) Suetonius, Tiber. C. 35.

(d) Daß die Tochter eines Senators, wenn ſie ſich ſelbſt ehrlos machte, dadurch zur Ehe mit einem Freygelaſſenen fähig wurde, ſagt ausdrücklich *L.* 47 *de ritu nupt.* (23. 2.); „*impune* libertino nubit," d. h. ſie wird dadurch frey von den geſetzlichen Strafen des Cölibats.

(e) *L.* 13 *pr.* § 2 *ad L. Jul. de adult.* (48. 5.).

chen dieſen Ausweg zu verſperren (f). Drittens gehörte dahin der Vortheil, daß die Frauen ſich dadurch unfähig machten, fernerhin irgend eine im Sinn der Lex Julia gültige Ehe, ſelbſt mit einem gemeinen Freygebornen, zu ſchließen; vom Standpunkt dieſes Geſetzes aus konnte ihnen alſo auch nicht mehr ein freywilliger Cölibat zum Vorwurf und zur Strafe gereichen, da ihnen durch daſſelbe Geſetz in ihrer gegenwärtigen Lage die Ehe mit allen Männern (außer etwa mit Freygelaſſenen) unmöglich gemacht war. Dieſe Berechnung ſcheint faſt übertrieben raffinirt; und dennoch muß ſie wirklich angeſtellt worden ſeyn (ſo daß die Stelle des Sueton zugleich auch auf dieſen Vortheil zu beziehen iſt), weil man ſelbſt dagegen vorbauende Maasregeln nöthig fand. Sueton. Domitianus C. 8. „Probrosis feminis lecticae usum ademit: *jusque capiendi legata hereditatesque.*" Dieſe Worte ſind gewiß am einfachſten ſo zu erklären: „den ehrloſen Frauen ſollte nicht mehr der Vorwand zu gut kommen, daß ſie in einem durch ihre Infamie erzwungnen Cölibat lebten, ſondern ſie ſollten eben ſo, wie freywillig Eheloſe, ganz unfähig ſeyn, Teſtamentserbſchaften und Legate zu erwerben."

Damit ſtehen auch noch einige, meiſt misverſtandene, Digeſtenſtellen in Verbindung. In der Regel war der

(f) *L.* 10 § 2 *ad L. Jul. de adult.* (48. 5.). „Mulier, quae *evitandae poenae adulterii gratia* lenocinium fecerit, aut operas suas in scenam locaverit, adulterii accusari damnarique ex Senatusconsulto potest."

Erwerb aus dem Teſtament eines Soldaten durch den Cölibat des Erben oder Legatars nicht beſchränkt (g).

Dieſe Regel blieb im Allgemeinen anwendbar auch bey denjenigen Franen, die durch ihr ſittenloſes Leben in Beziehung auf andere Teſtamente gegen die Strafe des Cölibats keinen Schutz finden ſollten. Für den Fall aber, daß eine ſolche Frau mit dem Soldaten ſelbſt (dem Teſtator) in unzüchtigem Umgang gelebt hatte, verordnete Hadrian, daß die Incapacität auch bey dem Soldatenteſtament eintreten ſollte.

L. 41 § 1 *de test. mil.* (29. 1.). „Mulier, in quam *turpis suspicio cadere potest*, nec ex testamento militis *aliquid capere potest*, ut D. Hadrianus rescripsit."

Der Inhalt dieſes Reſcripts wird auch in folgender Stelle anerkannt und außer Zweifel geſetzt.

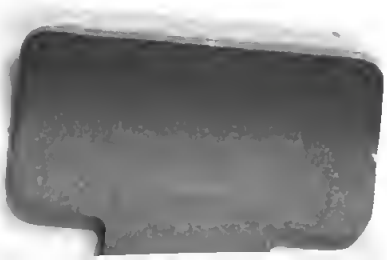
L. 14 *de his quae ut ind.* (34. 9.). „Mulierem, quae stupro cognita *in contubernio militis fuit* ... non admitti ad testamentum jure militiae factum, et id quod relictum est ad fiscum pertinere, proxime tibi respondi."

Hier iſt alſo eine Einwirkung der alten Grundſätze von der Incapacität noch auf das Juſtinianiſche Recht ſichtbar. Nur muß man dieſe Stellen, wie es in ſo vielen ähnlichen Fällen nöthig iſt (§ 41), aus dem Zuſam-

(g) Gajus II. § 111. (Vergl. *L.* 19 § 2 *de castr. pec.* (49. 17.), *L.* 5 *C. de test. mil.* (6. 21.).

menhang, in welchem sie ursprünglich gedacht waren, in den neuen Zusammenhang der Justinianischen Gesetzgebung übertragen. Was also ursprünglich als Incapacität gemeynt war, ist jetzt als Indignität zu denken, so daß sich das ursprüngliche caducum von selbst in ein ereptorium (bey den Neueren ereptitium) verwandelt.

Gedruckt bei den Gebr. Unger.

HAG 2001664

BIBLIOTECA